مِنهاجُ الطَّالِبِين

للإمام مُحيي الدِّين أبي زكريّا يحيى بن شرف النّوويّ الدّمشقيّ

(٦٣١ - ٦٧٦ هـ)

تحقيق وتعليق

الدّكتور أحمد بن عبد العزيز الحدّاد

الجزء الثّاني

دار البشائر الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

مِنْهاجُ الطّالِبِين

٢

الطّبْعَة الأولىٰ
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار البشائر الإسلاميّة
للطّباعَة وَالنّشر وَالتوزيع هاتف: ٧٠٢٨٥٧ - فاكس: ٠٠٩٦١١/٧٠٤٩٦٣
بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

كتاب البيع (١)

شَرْطُهُ الإِيجَابُ: كَبِعْتُكَ وَمَلَّكْتُكَ، وَالْقَبُولُ [1]: كَاشْتَرَيْتُ وَتَمَلَّكْتُ وَقَبِلْتُ (٢). وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ [2] لَفْظِ الْمُشْتَرِي (٣).

....

(1) خ ظ: بكذا.

(2) خ ط: تقديم.

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وأحاديث سيأتي ذكرها.

(٢) لأنه منوط بالرضا، للآية السابقة، ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إنما البيع عن تراض». أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب بيع الخيار برقم ٢١٨٥، وقال عنه البوصيري في مصباح الزجاجة ٢/ ١٠: إسناده صحيح ورجاله ثقات، ورواه البيهقي في الكبرى ٦/ ١٧.
والرضا خفيٌّ لأنه أمر قلبي فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ، وهو الإيجاب والقبول، المعبر عنهما بالصيغة.

(٣) لحصول المقصود مع ذلك، ولحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «. . . يا سلمة هب لي المرأة لله أبوك!» قال: فقلت له: «هي لك يا رسول الله، فوالله ما كشفت لها ثوبًا، فبعث بها رسول الله ﷺ إلى أهل مكة، ففدى بها ناسًا من المسلمين كانوا أسروا بمكة». أخرجه مسلم في الجهاد، باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى برقم ٤٦ (١٧٥٥). =

وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي فَقَالَ: بِعْتُكَ انْعَقَدَ فِي الأَظْهَرِ[١]. وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ كَجَعَلْتُهُ لَكَ بِكَذَا فِي الأَصَحِّ[٢]، وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ [1] لَفْظَيْهِمَا[٣]، وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الإِيجَابِ[٤].

فَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ فَقَالَ: قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ لَمْ يَصِحَّ[٥].

وَإِشَارَةُ الأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ[٦].

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ الرُّشْدُ[٧].

قُلْتُ: وَعَدَمُ الإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ[٨].

....

(1) خ ب: من.

= فتقدم في الصيغة المذكورة طلب الهبة، عن إيجابها من مالكها. فهو نص في الهبة ويقاس عليها باقي العقود.

(١) لدلالة بعني على الرضا، فلا يحتاج بعده لنحو اشتريت أو بعتك.

(٢) قياسًا على الإجارة والكتابة والخلع، ولأن ذكر العوض في قوله (بكذا) ظاهر في إرادة البيع.

(٣) لأن طول الفصل يخرج الثاني عن أن يكون جوابًا عن الأول. وكذا كل ما يشعر بإعراض عن القبول كتخلّل كلام أجنبـي ونحوه.

(٤) لئلا يرد العقد على ما لم يخاطب به.

(٥) لأنه قبل غير ما خوطب به، إذا المعنى بين الإيجاب والقبول مختلف.

(٦) للضرورة، ولأن ذلك يدل على ما في فؤاده كما يدل عليه النطق من الناطق.

(٧) لأن غير الرشيد ــ وهو من لم يكن صالحًا لدينه ودنياه ــ لا يصح تصرفه لمفهوم قوله الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، حيث حجر الله على غير الرشيد أن يتصرف في ماله.

(٨) لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والمكره بغير =

وَلاَ يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ[١]، وَالمُسْلِمَ فِي الأَظْهَرِ[٢]، إِلاَّ أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ فِي الأَصَحِّ[٣]، وَلاَ الحَرْبِيِّ سِلاَحًا[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ: [1]طَهَارَةُ عَيْنِهِ[٥] فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ[٦]

. . . .

(1) خ ظ: أحدها.

= حق غير راض. ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يبرأ». وهو حديث صحيح من حديث عائشة تقدم ذكره ص ١/ ١٤٧. وصححه المصنف في المجموع ٩/ ٥٥، أما الإكراه بحق فيصح، إقامةً لرضا الشرع مقام رضاه.

(١) لما في ذلك من الإهانة له، ومثل ذلك كتب الحديث والآثار، والفقه المشتملة على ذلك.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وذلك لما فيه من إذلال المسلم وإهانته.

(٣) لانتفاء إذلاله بعتقه عليه بمجرد الشراء.

(٤) لأنه يستعين به على قتالنا، والمراد بالسلاح هنا كل نافع في الحرب.

(٥) لأن نجس العين لا يصح بيعه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لعن الله اليهود» ثلاثًا، «إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيءٍ حرم عليهم ثمنه». أخرجه أبو داود في البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة برقم ٣٤٨٨، وأحمد في المسند ١/ ٢٤٧، والبيهقي في الكبرى ٦/ ١٣، وصححه المصنف في المجموع ٩/ ٢٢٩، ونقل ابن المنذر في إجماعاته ص ٥٢ الإجماع على تحريم بيع الخمر والميتة، والدم والخنزير وكذا شراؤه.

(٦) لحديث أبـي مسعود الأنصاري رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغيّ وحُلوان الكاهن». أخرجه البخاري في آخر كتاب البيوع، باب ثمن الكلب برقم ٢٢٣٧، ومسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب. . . برقم ٣٩ (١٥٦٧).

وَالخَمْرِ(١) وَالمُتَنَجِّس الَّذِي لاَ يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَالخَلِّ وَاللَّبَنِ(٢) وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الأَصَحِّ(٣).

الثاني: النَّفْعُ(٤) فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ الحَشَرَاتِ، وكُلِّ سَبُعٍ لاَ يَنْفَعُ (1) (٥)،

. . . .

(1) خ ظ: لا ينتفع به وكذا حبتي.

---

(١) لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح: «إن الله ورسوله حرَّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»، فقيل: يا رسول الله، أرأيتَ شحوم الميتة فإنها يُطلَى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويَستصبِح بها الناس؟ فقال: «لا هو حرام»، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جَمَلُوه، أي: أذابوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه». أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الميتة والأصنام برقم ٢٢٣٦، ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة. . . برقم ٧١ (١٥٨١).

(٢) لأنه في معنى نجس العين الذي مر حكمه ودليله، وذلك لتعذّر تطهيره حينئذٍ.

(٣) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن ميمونة أن رسول الله ﷺ سئل عن فأرة سقطت في سمن فقال: «ألقوها وما حولها فاطرحوه وكلوا سمنكم». أخرجه البخاري في الوضوء، باب ما يقع من النجاسات في السمن والماء برقم ٢٣٥، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وقعت الفأرة في السمن فإذا كان جامدًا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعًا فلا تقربوها». أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب في الفأرة تقع في السمن برقم ٣٨٤٢، بإسناد صحيح.

فلو أمكن تطهيره لما أمر ﷺ بإراقته لما فيه من إضاعة المال.

(٤) لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل الذي نهى الله عنه كما تقدم، وبذل العوض فيه إضاعة للمال وسفه.

(٥) للعلة السابقة.

وَلاَ حَبَّتَي الحِنْطَةِ[١]، وَآلَةِ اللَّهْوِ[٢]، وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي[1] الآلَةِ إِنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالاً، وَيَصِحّ بَيْعُ المَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الأَصَحِّ[٣].

الثَّالِثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ[٤]، فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالآبِقِ وَالمَغْصُوبِ[٥]، فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ[٦].

....

(1) خ ب: تصح الآلة.

---

(١) لأنه لا يعد مالاً ولا يقابل به عرفًا، وإن عد مالاً بضمه إلى غيره، وذلك لعدم الانتفاع به لقلَّته.

(٢) لأنه لا نفع بها شرعًا، إذ الشارع حرَّم منافعها لقوله سبحانه: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ بِغَيۡرِ عِلۡمٖ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًاۚ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمۡ عَذَابٞ مُّهِينٞ﴾ [لقمان: ٦].

(٣) لظهور النفع فيهما، وإن سهل تحصيل مثلهما.

(٤) لحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك».
أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٣، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٢، والنسائي في البيوع، باب بيع ما ليس عندك ٧/ ٢٨٩، وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك برقم ٢١٨٧ وصححه المصنف في المجموع ٩/ ٢٥٩.

(٥) للعجز عن تسليمهما وتسلمهما حالاً.

(٦) نظرًا إلى وصول المشتري إلى المبيع بيسر، وهذا إذا لم تتوقف القدرة على مؤنة وإلاَّ فلا.

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا[(١)]، وَيَصِحُّ فِي الثَّوْبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الأَصَحِّ[(٢)]، وَلَا الْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ[(٣)]، وَلَا الجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الأَظْهَرِ[(٤)]، وَلَا يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ[(٥)]، وَكَذَا تَعَلُّقُ الْقِصَاصِ فِي الأَظْهَرِ[(٦)].

الرَّابِعُ: الْمِلْكُ لِمَنْ لَهُ الْعَقْدُ[(٧)]، فَبَيْعُ الْفُضُولِيِّ بَاطِلٌ[(٨)]، وَفِي الْقَدِيمِ: مَوْقُوفٌ إِنْ أَجَازَ مَالِكُهُ نَفَذَ، وَإِلَّا فَلَا[(٩)]. وَلَوْ بَاعَ مَالَ مُوَرِّثِهِ

---

(١) للعجز عن تسليم ذلك شرعًا، لأن التسليم فيه لا يمكن إلَّا بالكسر أو القطع وذلك نقص له وتضييع للمال وهو حرام.

(٢) لانتفاء المحذور حينئذٍ.

(٣) للعجز عن تسليمه شرعًا.

(٤) لتعلّق حق المجني عليه به كما في المرهون بل أولى.

(٥) لأن البيع إنما يرد على الرقبة، ولا تعلق لرب الدين بها.

(٦) لأنه ترجى سلامته بالعفو.

(٧) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق إلَّا فيما تملك ولا عتق إلَّا فيما تملك». أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح برقم ٢١٩٠، والترمذي في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح برقم ١١٨١، وابن ماجه في الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح برقم ٢٠٤٧، وقال عنه الترمذي: حسن صحيح. وصححه المصنف في المجموع ٩/ ٢٦٣، ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه السابق قال: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك».

(٨) للحديث المتقدم، إذ هو يبيع ما لا يملك.

(٩) لحديث عروة البارقي رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري به أضحية =

ظَانًّا حَيَاتَهُ وَكَانَ مَيْتًا صَحَّ فِي الأَظْهَرِ[1].

الخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ[2]، فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ[3]، وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا[4]، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الأَصَحِّ[5]، وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً، أَوْ بِزِنَةِ هَذِهِ الحَصَاةِ ذَهَبًا، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ فَرَسَهُ، أَوْ بِأَلْفٍ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ لَمْ يَصِحَّ[6].

= أو شاة فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينارين، فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه». أخرجه البخاري في المناقب، الباب الأخير منه برقم ٣٦٤٢ مرسلًا، وأبو داود في المضارب يخالف برقم ٢٣٨٤، والترمذي في البيوع، باب رقم ٣٤ حديث رقم ١٢٥٧، وصحح المصنف في المجموع ٩/ ٢٦٢، وحسن إسناد الآخرين. قال في التحفة ٤/ ٢٤٧: وهذا المذهب قوي من جهة الدليل وإلى مدلول هذا الحديث ذهب مالك وأحمد في أصح الروايتين كما في المجموع ٩/ ٢٦١ غير أن المصنف أجاب هناك إجابة شافية فتنظر.

(١) لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر، لا بما في ظن العاقد لعدم احتياجها إلى نيّة، ونفس الأمر هنا أنه له ولاية عليها.

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر». أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر برقم ٤ (١٥١٣).

(٣) للحديث المذكور.

(٤) لعدم الغرر، وينزل ذلك على الإشاعة فيملك المشتري جزءًا مشاعًا منها كعشرها ونحوه.

(٥) لعلمه بقدر المبيع مع تساوي الأجزاء فلا غرر، وينزل على صاع مبهم.

(٦) للجهل بأصل القدر في الصور الثلاث الأولى، وبمقدار الذهب من الفضة أو الصحاح من المكسرة في الرابعة. فهو من بيوع الغرر التي تقدم النهي عنها.

وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ تعَيَّنَ[١]، أَوْ نَقْدَانِ لَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا، اشْتُرِطَ التَّعْيِينُ[٢]، وَيَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ المَجْهُولَةِ الصِّيعَانِ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ[٣]، وَلَوْ بَاعَهَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِائَةً[٤] وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ[٥]، وَمَتَى كَانَ الْعِوَضُ مُعَيَّنًا كَفَتْ مُعَايَنَتُهُ[٦]، والأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ[٧]، وَالثَّانِي: يَصِحُّ[٨].

وَيَثْبُتُ الخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ[٩]، وَتكْفِي الرُّؤْيَةُ قَبْلَ الْعقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ[١٠]، دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا[١١]، وَتَكْفِي رُؤْيَةُ

---

(١) لظهور أن المتعاقِدين أراداه.

(٢) لاختلاف الغرض باختلافهما، فعدم بيان ذلك يوقع في الغرر.

(٣) لأن المبيع مشاهد، ولا يضر الجهل بجملة الثمن لأنه معلوم بالتفصيل، والغرر مرتفع به.

(٤) لموافقة الجملةِ التفصيلَ فلا غرر.

(٥) لتعذّر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله.

(٦) اعتمادًا على التخمين الذي من شأنه أن يحيط به.

(٧) لأنه يوقع في الغرر، وهو منهي عنه كما تقدم، ولأن الرؤية تفيد ما لا تفيده العبارة. لحديث ابن عباس رضي الله عنهما: «ليس الخبر كالمعاينة». أخرجه أحمد في المسند ١/ ٢٧١، والحاكم في المستدرك ٢/ ٣٢١، وصححه على شرط الشيخين، وابن حبان في صحيحه ٨/ ٣٢، من الإحسان وذكره السخاوي في الأحاديث المشتهرة ص ٣٥١ مائلاً إلى رأي من صححه.

(٨) اعتمادًا على الوصف.

(٩) وإن وجده كما وصف، لأن الخبر ليس كالمعاينة كما تقدم.

(١٠) لأنه قد عرفه بتلك الرؤية والغالب بقاؤه على ما شاهده عليه، هذا إذا كان ذاكرًا لأوصافه التي رآه عليها حال العقد.

(١١) لأنه لا وثوق حينئذٍ ببقائه حال العقد على أوصافه المرئية.

بَعْضِ المَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ كَظَاهِرِ الصُّبْرَةِ[1]، وَأُنْمُوذَجِ المُتَمَاثِلِ[2]، أَوْ كَانَ صِوَانًا لِلْبَاقِي خِلْقَةً كَقِشْرِ الرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ، وَالْقِشْرَةِ السُّفْلَى لِلْجَوْزِ وَاللَّوْزِ[3].

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ كُلِّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ[4]، وَالأَصَحُّ أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ السَّلَمِ لَا يَكْفِي[5]، وَيَصِحُّ سَلَمُ الأَعْمَى[6]، وَقِيلَ: إِنْ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ فَلَا[7].

* * *

---

(١) لأن الغالب استواء ظاهر ذلك وباطنه، فإن تخالفا تخير.

(٢) لأن رؤيته كظاهر الصبرة، وأعلى المائعات في دلالة كل على الباقي.

(٣) لأن صلاح باطنه في بقائه فيه، وإن لم يدل هو عليه.

(٤) لحصول المقصود بذلك، وهو يختلف باختلاف المبيعات.

(٥) لأنها تفيد أمورًا تقصر عنها العبارة، وليس الخبر كالعيان.

(٦) لأن السلم يعتمد الوصف لا الرؤية، وهو يعرف الصفات بالسمع.

(٧) الانتفاء معرفته بالأشياء، ودفع بأنه يعرفها بالسماع كما تقدم آنفًا.

باب الربا[(١)]

إِذَا بِيعَ الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ إِنْ كَانَا [(1)] جِنْسًا ٱشْتُرِطَ الحُلُولُ، وَالمُمَاثَلَةُ وَالتَقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ[(٢)]، أَوْ جِنْسَيْنِ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ جَازَ التَّفَاضُلُ.

....

(1) خ س ط: إن كان.

---

(١) الأصل في تحريمه قبل الإجماع قوله سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

وأحاديث كحديث جابر رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا موكله وكاتبه وشاهديه وقال: «هم سواء». أخرجه مسلم في المساقاة، باب لعن آكل الربا ومؤكله برقم ١٠٦ (١٥٩٨).

(٢) لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضَّة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد». أخرجه مسلم في المساقاة، باب الربا برقم ٨١ (١٥٧٧).

وحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالورِق ربا إلاَّ هاءَ وهاءَ، والبر بالبر ربا إلاَّ هاءَ وهاءَ، والتمر بالتمر ربا إلاَّ هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلاَّ هاء وهاء». أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحِكرة برقم ٢١٣٤، ومسلم في المساقاة، باب الربا، برقم ٧٩ (١٥٨٥).

وَٱشْتُرِطَ الحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ(١)، وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطُّعْمِ اقْتِيَاتًا أَوْ تَفَكُّهًا أَوْ تَدَاوِيًا(٢)، وَأَدِقَّةُ الأُصُولِ المُخْتَلِفَةِ الجِنْسِ، وَخُلُولُها وَأَدْهَانُهَا أَجْنَاسٌ(٣)، وَاللُّحُومُ وَالأَلْبَانُ كَذَلِكَ فِي الأَظْهَرِ(٤).

وَالمُمَاثَلَةُ تُعْتَبَرُ فِي المَكِيلِ كَيْلاً، وَالمَوْزُونِ وَزْنًا(٥)، وَالْمُعْتَبَرُ غَالِبُ عَادَةِ أَهْلِ (1) الحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ(٦)، وَمَا جُهِلَ

....

(1) سقطت كلمة: أهل، من س ب.

---

(١) لحديث عبادة بن الصامت السابق.

(٢) لحديث عبادة بن الصامت كذلك، فإنه نص فيه على البر والشعير، والمقصود منهما التقوت، فألحق بهما ما يشاركهما في ذلك كالأرز والذرة، وعلى التمر: والمقصود منه التَّأدم والتفكه فألحق به ما يشاركه في ذلك كالزبيب والتين، وعلى الملح: والمقصود منه الإصلاح فألحق به ما يشاركه في ذلك كالمُصطكى والزنجبيل ونحوهما.

(٣) لأنها فروع أصول مختلفة ربوية فأعطيت حكم أصولها.

(٤) لأنها فروع لأصول مختلفة الأجناس فأشبهت الأدقَّة.

(٥) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن ومثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا». أخرجه مسلم في المساقاة، باب الربا برقم ٨٤ (١٥٨٨). وحديث عبادة ابن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن، والفضَّة بالفضَّة وزنًا بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل، والشعير بالشعير كيلاً بكيل، والتمر بالتمر، والملح بالملح، فمن زاد أو استزاد فقد أربى». أخرجه البيهقي في الكبرى ٥/٢٩١، بإسناد جيد.

(٦) لظهور أنه اطلع على ذلك وأقره، فلا عبرة بما أحدث بعده.

يُرَاعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ(١)، وَقِيلَ: الْكَيْلُ(٢)، وَقِيلَ: الْوَزْنُ(٣)، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ(٤)، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ اعْتُبِرَ(٥).

وَالنَّقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ(٦)، وَلَوْ بَاعَ جِزَافًا تَخْمِينًا لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً(٧).

وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ وَقْتَ الْجَفَافِ(٨)، وَقَدْ يُعْتَبَرُ الكَمَالُ أَوَّلاً، فَلَا يُبَاعُ

---

(١) لأن الشيء إذا لم يكن محدودًا في الشرع ولا في اللغة، كان الرجوع فيه إلى عادة الناس كالقبض والحرز.

(٢) لأن أكثر المطعومات في عهد رسول الله ﷺ مكيل.

(٣) لأنه أخصر وأقل تفاوتًا.

(٤) لتعادل وجهيهما.

(٥) عملاً بأصله فعلى هذا دهن السمسم مكيل، ودهن اللوز موزون. وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن أكثر جِرمًا من التمر، فإن كان كالبيض فالاعتبار فيه بالوزن جزمًا سواء المكيل المعتاد في عصره ﷺ، والمكاييل المحدثة بعده.

(٦) فيما مر من الأحكام لأنه صنف ربوي كما في الأحاديث السابقة.

(٧) لحديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصُّبرة من التمر لا يعلم مَكيلتها بالكيل المسمَّى من التمر». أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر، المجهولة القدر بتمر برقم ٤٢ (١٥٣٠).

(٨) لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال: «أينقص الرطب إذا يبس»؟ قالوا: نعم، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك». أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٥٣، وأبو داود في البيوع، باب في التمر بالتمر برقم ٣٣٥٩، والترمذي في البيوع باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة برقم ١٢٢٥، وقال عنه: حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم. =

رُطَبٌ بِرُطَبٍ وَلاَ بِتَمْرٍ، وَلاَ عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلاَ بِزَبِيبٍ[١]، وَمَا لاَ جَفَافَ فِيهِ كَالْقِثَّاءِ وَالْعِنَبِ الَّذِي لاَ يَتَزَبَّبُ لاَ يُبَاعُ أَصْلاً[٢]، وَفِي قَوْلٍ تَكْفِي مُمَاثَلَتُهُ رَطْبًا[٣].

وَلاَ تَكْفِي مُمَاثَلَةُ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ وَالْخُبْزِ[٤]، بَلْ تُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْحُبُوبِ حَبًّا[٥]، وَفِي حُبُوبِ الدُّهْنِ كَالسِّمْسِمِ حَبًّا أَوْ دُهْنًا، وَفِي الْعِنَبِ زَبِيبًا أَوْ خَلَّ عِنَبٍ، وَكَذَا الْعَصِيرُ فِي الأَصَحِّ[٦]، وَفِي اللَّبَنِ لَبَنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِيضًا صَافِيًا[٧].

وَلاَ يَكْفِي التَّمَاثُلُ (1) فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالأَقِطِ[٨]،

....

(1) خ الشروح: ولا تكفي المماثلة.

= ولأن في ذلك جهل بالمماثلة، والجهل بالمماثلة حقيقة المفاضلة كما تقول القاعدة الفقهية.

(١) للنهي عنه في الحديث السابق، وللعلة السابقة أيضًا.

(٢) لتعذر العلم بالمماثلة فيه.

(٣) لأن معظم منافعه في رطوبته، فكان كاللَّبَن فيباع وزنًا وإن أمكن كيله.

(٤) للجهل بالمماثلة المعتبرة بتفاوت الدقيق في النعومة، والخبز في تأثير النار.

(٥) لتحقق المماثلة فيها وقت الجفاف.

(٦) لأن ما ذكر حالات كمال، فيجوز بيع بعض كل منها ببعضه، إلاَّ نحو خل التمر أو الزبيب؛ لأن فيه ما يمنع العلم بالمماثلة.

(٧) لأن منفعته كاملة، وقوله صافيًا قيد في الكل.

(٨) لأنها لا تخلو من مخالطة شيءٍ، فالجبن تخالط الأنفحة، والأقط يخالطه الملح وهكذا.

وَلَا يَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبْخِ أَوْ الْقَلْيِ أَوِ الشَّيِّ(١)، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ(٢).

وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا: كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَم بِمُدٍّ (1) وَدِرْهَم، وَكَمُدٍّ وَدِرْهَم بِمُدَّيْنِ أَوْ دِرْهَمَيْنِ، أَوِ النَّوْعِ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا، أَوْ بِأَحَدِهِمَا، فَبَاطِلَةٌ(٣).

وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ(٤)، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ

....

(1) خ ب والتحفة: بمد عجوة.

---

(١) لأن تأثير النار لا غاية له، فيؤدي إلى الجهل بالمماثلة، وهي حقيقة المفاضلة.

(٢) لأن النار لا تعمل فيه عملاً له تأثير.

(٣) لحديث فضالة بن عبيد الأنصاري رضي الله عنه قال: «أتي النبي ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ : «الذهب بالذهب وزنًا بوزنًا»، وفي رواية قال: «اشتريت يوم خيبر قِلادةً باثني عشر دينارًا فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارًا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «لا تباع حتى تفصل».
أخرجه مسلم في البيوع، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب برقم ٨٩ (١٥٩١)، ولأن قضيَّة اشتمال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين، يقتضي أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة، والتوزيع يؤدي إلى المفاضلة أو عدم تحقق المماثلة وذلك ربا، ولا يتأتى هنا تفريق الصفقة، لأن الفساد للهيئة الاجتماعية كالعقد على خمس نسْوة معًا.

(٤) لحديث سمرة بن جندب «أن النبي ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم». أخرجه الحاكم =

مأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الأَظْهَرِ(١).

* * *

= في المستدرك ٢/ ٣٥، والبيهقي في الكبرى ٥/ ٢٩٦، وقال: إسناده صحيح، وأخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة برقم ١٢٣٧ بلفظ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة». وقال عنه: حسن صحيح. ولما رواه مالك في الموطأ ٢/ ٧٠، من حديث زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب «مرسلاً» أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم»، ورواه الشافعي في الأم ٣/ ٨١، والبيهقي في الكبرى ٥/ ٢٩٦، وإرساله معتضد بالرواية الأولى.

(١) لحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه السابق.

بـــابٌ

نَهَى رَسُولُ اللَّـهِ ﷺ عَنْ: عَسْبِ الْفَحْلِ[1]، وَهُوَ ضِرَابُهُ، وَيُقَالُ: مَـاؤُهُ، وَيُقَـالُ أُجْـرَةُ ضِـرَابِـهِ، فَيَحْـرُمُ ثَمَـنُ مَـائِـهِ[2]، وَكَـذا أُجْـرَتُـهُ فِـي الأَصَحِّ[3].

وَعَنْ حَبَلِ الحَبَلَةِ[4]، وَهُوَ نَتاجُ النَّتَاجِ، بِأَنْ يَبِيعَ نَتاجَ النَّتَاجِ

---

(١) وذلك فيما أخرجه البخاري في الإجارة، باب عسب الفحل برقم ٢٢٨٤، من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عنهما قال: «نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل».

(٢) عملاً بالأصل في النهي من التحريم، لأن ماء الفحل ليس متقومًا، ولا معلومًا، ولا مقدورًا على تسليمه، ولحديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل». أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون في الفلاة... برقم ٣٠ (١٥٦٥).

(٣) لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك، بل يتعلق باختيار الفحل.

(٤) وذلك فيما أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبلة برقم ٢١٤٣، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبلة برقم ٥ (١٥١٤)، من حديث مالك عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعًا يبتاعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها»، واللفظ للبخاري.

أَوْ بِثَمَنٍ إِلَى نَتَاجِ النَّتَاجِ(١).

وَعَنِ المَلَاقِيحِ(٢): وَهِيَ (1) مَا فِي الْبُطُونِ، وَالمَضَامِينِ: وَهِيَ (2) مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ(٣).

وَالمُلَامَسَةِ(٤): بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَآهُ، أَوْ يَقُولَ: إِذَا لَمَسْتَهُ فَقَدْ بِعْتُكَهُ.

وَالمُنَابَذَةِ(٥): بِأَنْ يَجْعَلَا النَّبْذَ بَيْعًا.

....

(1) خ ظ: وهو.

(2) خ ط: وهو.

---

(١) هذا تفسير ابن عمر له كما علمت.

(٢) لما رواه البزار كما في كشف الأستار ٢/ ٨٧، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين».

(٣) لما أخرج مالك في الموطأ ٢/ ٧٠، عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين والملاقيح، وحَبَل الحَبلة قال: والمضامين بيع ما في بطون إناث الإبل والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال».

(٤) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى عن الملامسة والمنابذة». أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع المنابذة برقم ٢١٤٦، ومسلم في البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة برقم ١ (١٥١١).

وحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن لِبْستين وعن بيعتين: الملامسة والمنابذة»، أخرجه البخاري في الباب السابق برقم ٢١٤٧.

(٥) للحديثين السابقين.

وَبَيْعِ الحَصَاةِ[1]: بِأَنْ يَقُولَ: بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الحَصَاةُ عَلَيْهِ، أَوْ يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعًا، أَوْ بِعْتُكَ وَلَكَ الخِيَارُ إِلَى رَمْيِها.

وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ[2] بِأَنْ يَقُولَ: بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أَوْ أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ، أَوْ بِعْتُكَ ذَا الْعَبْدِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا.

وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ[3] كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ، وَلَوِ اشْتَرَى زَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ الْبَائِعُ، أَوْ ثَوْبًا وَيَخِيطَهُ فَالأَصَحُّ بُطْلَانُهُ[4]، وَيُسْتَثْنَى صُوَرٌ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ، أَوِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ، أَوْ بِشَرْطِ قَطْعِ

---

(١) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»، أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة برقم ٤ (١٥١٣).

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة». أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة برقم ١٢٣١، والنسائي في البيوع، باب بيعتين في بيعة ٧/٢٩٦، وقال عنه الترمذي: حسن صحيح.

(٣) لحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط». أخرجه الخطابي في معالم السنن ٥/١٥٤، والحاكم في معرفة علوم الحديث في النوع التاسع والعشرين ص ١٢٨.
ولحديثه أيضًا أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك». أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٤، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٤. وقال عنه: حسن صحيح.

(٤) لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري بعد، لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلاَّ بعد الشرط.

الثَّمَرِ (1) (١) أَوْ الأَجَل وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ المُعَيَّنَاتِ لِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ(٢) وَالإِشْهَادِ(٣).

وَلاَ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الأَصَحِّ(٤)، فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ المُعَيَّنُ فَلِلْبَائِعِ الخِيَارُ(٥).

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ فَالمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ(٦)،

....

(1) خ ط: أو بشرط.

---

(١) وسيأتي الكلام على هذه المسائل في أبوابها المستقلة.

(٢) أما الأجل فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذا في غير الربوي بجنسه.
وأما الرهن فللحاجة إليه في معاملة من لا يعرف حاله، ولقوله تعالى: ﴿۞وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٣٨٢]، ولغير ذلك من الأدلة الآتية في بابه، وأما الكفالة فللحاجة إليه كذلك ولقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، كما سيأتي في بابه.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وللحاجة إليه لإثبات الحقوق.

(٤) لأن المقصود ثبوت الحق وهو يثبت بأي عدول كانوا.

(٥) لفوات ما شرطه، وهو على الفور، لأنه خيار نقص.

(٦) لتشوف الشارع إلى العتق، ولحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «جاءتني بريرة، فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقيَّة فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس... فأخبرته، فقال ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق...»». أخرجه البخاري في =

وَالأَصَحُّ أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ المُشْتَرِي بالإِعْتَاقِ[(١)]، وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلاَءَ لَهُ أَوْ شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ البَيْعُ[(٢)].

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى العَقْدِ كالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ أَوْ مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لاَ يَأْكُلَ إلاَّ كَذَا صَحَّ[(٣)]، وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ: كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَوِ الدَّابَةِ حَامِلاً، أَوْ لَبُونًا صَحَّ[(٤)]، وَلَهُ الخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ[(٥)]، وَفِي قَوْلٍ: يَبْطُلُ الْعَقْدُ في الدَّابَّةِ[(٦)].

= البيوع، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل برقم ٢١٦٨، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ٦ (١٥٠٤).

(١) لأنه وإن كان حقًا لله تعالى، لكن له غرض في تحصيله لإثباته على شرطه الذي التزمه. ولعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

(٢) أما في الأولى فلمخالفته للشرع الذي دل عليه الحديث السابق من أن الولاء لمن أعتق، وأما في الباقي فلأنه لم يحصل في واحد منه ما تشوف إليه الشارع من العتق الناجز.

(٣) أما في الأولى وهي القبض، فلأن اشتراطه تأكيد وتنبيه على ما أوجبه الشارع عليه. وأما في الثانية «الرد بعيب» فلأن ذكره لا يورث تنازعًا في الغالب فذكره فيها لغو، وأما في الثالث «أن لا يأكل إلاَّ كذا» فلأنه لا يتعلق به غرض فيصح البيع ويبطل الشرط.

(٤) لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ولأنه التزم موجودًا عند العقد.

(٥) لفوات شرطه، ولتضرره بذلك إن لم يخير.

(٦) للجهل بما شرطه فيها بخلاف شرط الكتابة لإمكان العلم بها بالاختبار في الحال.

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا [1] وَحَمْلَهَا بَطَلَ فِي الأَصَحِّ(١)، وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ الحَمْلِ وَحْدَهُ(٢)، وَلاَ الحَامِلِ دُونَهُ(٣)، وَلاَ الحَامِلِ بِحُرٍّ(٤)، وَلَوْ بَاعَ حَامِلاً مُطْلَقًا دَخَلَ الحَمْلُ فِي الْبَيْعِ(٥).

فَصْلٌ

وَمِنَ المَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لاَ يُبْطِلُ لِرُجُوعِهِ إِلَى مَعْنًى يَقْتَرِنُ بِهِ كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ(٦) بِأَنْ يَقْدُمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ الحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ: اتْرُكْهُ عِنْدِي لأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَغْلَى.

وَتَلَقِّي الرُّكْبَانِ(٧): بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ

....

(1) خ ب س: بعتها.

---

(١) لجعله الحمل المجهول مبيعًا مع المعلوم.

(٢) لنهيه ﷺ عن بيع الملاقيح كما تقدم ذكره ص ٢١.

(٣) لأنه لا يجوز إفراده بالعقد، إذ يتعذر استثناؤه إذ هو كعضو منها.

(٤) لأنه لا يدخل في البيع، فكأنه استثني، إلحاقًا للاستثناء الشرعي بالاستثناء الحسي.

(٥) تبعًا لها، وحكى في التحفة ٤/٣٠٨، الإجماع عليه.

(٦) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبتاع المرء على بيع أخيه، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد». أخرجه البخاري في البيوع، باب لا يبيع حاضر لباد برقم ٢١٦٠، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي برقم ١٨ (١٥٢٠).

(٧) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَلَقُّوا الرُّكبان ولا يبيع حضر لباد». أخرجه البخاري في البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر برقم ٢١٥٨. =

فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسِّعْرِ، وَلَهُمُ الخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ[1].

وَالسَّوْمِ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ[2]، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ[3].

وَالْبَيْعِ عَلَى بَيْعِ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ[4] بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ.

وَالشِّرَاءِ عَلَى الشِّرَاءِ[5] بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ.

= وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «نهى أن تُتلَقَّى السلع حتى تبلغ الأسواق». أخرجه البخاري في البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان برقم ٢١٦٥، ومسلم في البيوع، باب تحريم تلقي الجلب برقم ١٤ (١٥١٧)، وذلك لما فيه من احتمال غبنهم.

(١) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تَلقَّوا الجَلبَ، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار». أخرجه مسلم في الباب السابق برقم ١٧ (١٥١٩).

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يَسُم المسلم على سوم أخيه». أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه برقم ٩ (١٥١٥)، ولما في ذلك من الإيذاء.

(٣) لأنه إذا لم يكن قد استقر الثمن فإنه من باب بيع من يزيد وهو جائز كما سيأتي ص ٤٩.

(٤) لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يُهبط بها إلى السوق». أخرجه البخاري في البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان برقم ٢١٦٥، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه برقم ٧ (١٤١٢)، واللفظ للبخاري.

(٥) لعموم الخبر السابق، إذ الشراء في معنى البيع.

وَالنَّجَشِ[1] بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لاَ لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ خِيَارَ[2].

وَبَيْعِ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ لِعَاصِرِ الخَمْرِ[3].

وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الأُمِّ وَالْوَلَدِ حَتَّى يُمَيِّزَ[4]، وَفِي قَوْلٍ: حَتَّى يَبْلُغَ[5]، وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ بَطَلاَ فِي الأَظْهَرِ[6].

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ الْعَرَبُونِ[7]: بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ

---

(1) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى النبي ﷺ عن النَّجْش». أخرجه البخاري في البيوع، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع برقم ٢١٤٢، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه برقم ١٣ (١٥١٦)، وذلك لما فيه من الإيذاء.

(2) لتفريطه بإقدامه وعدم سؤاله أهل الخبرة.

(3) لما فيه من الإعانة على المنكر. وقد نهى الله تعالى عنه قال سبحانه: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِۚ﴾ [المائدة: ٢].

(4) لحديث أبي أيوب رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرق بين الوالدة وولدها، فرّق الله بينه وبين أحِبَّته يوم القيامة». أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين... برقم ١٢٨٣، وقال: حسن غريب، والحاكم في المستدرك ٢/ ٥٥، وصححه على شرط مسلم، وأخرجه أحمد في المسند ٥/ ٤١٢، وذلك لما فيه من الأذية للأم وفقد الولد حنَانَ الأمومة.

(5) لنقص تمييزه قبل البلوغ.

(6) للعجز عن التسليم شرعًا بالمنع من التفريق.

(7) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع العُربان». أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٤٦، من رواية الثقة عنده. وأبو داود في البيوع، باب في العربان برقم ٣٥٠٢، من حديث مالك به، وابن ماجه في =

الثَّمَنِ إنْ رَضِيَ السِّلْعَةَ، وَإلاَّ فَهِبَةً.

فَـصْـلٌ

بَاعَ [1] خَلاًّ وَخَمْرًا، أَوْ عَبْدَهُ وَحُرًّا، أَوْ وَعَبْدَ غَيْرِهِ، أَوْ مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ الآخَرِ، صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الأَظْهَرِ[1]، فَيَتَخَيَّرُ المُشْتَرِي إنْ جَهِلَ[2]، فَإِنْ أَجَازَ فَبِحِصَّتِهِ مِنَ المُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهِمَا[3]، وَفِي قَوْلٍ: بِجَمِيعِهِ[4]، وَلاَ خِيَارَ لِلْبَائِعِ[5].

وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الآخَرِ عَلَى المَذْهَبِ[6]، بَلْ يَتَخَيَّرُ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعًا[7].

....

(1) خ ظ: لو باع.

= التجارات، باب بيع العربان برقم ٢١٩٢، من حديثه أيضًا به.

ولأن فيه شرطين فاسدين، أحدهما: شرط الهبة، والثاني: شرط الرد إن لم يرض السلعة.

(١) إعطاءً لكل منهما حكمه. وهذه هي مسائل تفريق الصفقة.

(٢) لضرره بتفريق الصفقه عليه مع عذره بالجهل فهو كعيب ظهر، وخياره على الفور لأنه خيار نقص.

(٣) لأنهما أوقعا الثمن في مقابلتهما جميعًا، فلا يلزم المشتري في مقابلة أحدهما إلاَّ قسطه.

(٤) لأن العقد لا يتوجه إلاَّ إلى ما يجوز بيعه فكأن الآخر كالمعدوم.

(٥) لتعديه حيث باع ما لا يملكه، وطمع في ثمن ما لا يستحقه.

(٦) يعني مع جهالة الثمن، لأنها طارئة فلم تضر كما لا يضر سقوط بعضه لأرش العيب.

(٧) لأن الثمن قد توزع عليهما في الابتداء، والقسم عليهما فلا يتغير بهلاك أحدهما.

وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَي الحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ، أَوْ سَلَمٍ صَحَّا فِي الأَظْهَرِ[1]، وَيُوَزَّعُ المُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا[2]، أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ[3]، وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلاَنِ[4].

وَتَتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا، وَذَا بِكَذَا[5]، وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ[6]، وَكَذَا بِتَعَدُّدِ المُشْتَرِي فِي الأَظْهَرِ[7]، وَلَوْ وَكَّلاَهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا فَالأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْوَكِيلِ[8].

* * *

---

(١) إذ لا محظور في ذلك كما لو باع ثوبًا وشقصًا من دار في صفقة واحدة وإن اختلفا في الشفعة واحتيج إلى التوزيع.

(٢) لأن كلاًّ منهما يصح منفردًا فلم يضر الجمع بينهما.

(٣) لانتفاء تأثره بفساد الصداق، بل ولا بأكثر الشروط الفاسدة.

(٤) أظهرهما صحتهما ويوزع المسمَّى على قيمة المبيع ومهر المثل.

(٥) لإفراد كل واحد منهما بسعر.

(٦) لأن الملك مشترك بينهما، بدليل أن له رد نصيب أحدهما بالعيب.

(٧) قياسًا على البائع.

(٨) لأن أحكام العقد تتعلق به كرؤية المبيع وثبوت خيار المجلس.

باب الخيار

يَثْبُتُ خِيَارُ المَجْلِس فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ[1]: كالصَّرْفِ، وَبَيْعِ الطَّعَامِ بِطَعَامٍ، وَالسَّلَمِ، وَالتَّوْلِيَةِ، وَالتَّشْرِيكِ، وَصُلْحِ المُعَاوَضَةِ[2]. وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ فِي زَمَنِ الخِيَارِ لِلْبَائِعِ، أَوْ مَوْقُوفٌ فَلَهُمَا الْخِيَارُ[3]، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمُشْتَرِي، تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ[4].

وَلاَ خِيَارَ فِي الإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالهِبَةِ بِلاَ ثَوَابٍ[5]، وَكَذَا ذَاتُ

---

(١) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر».
أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع برقم ٢١٠٩، ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس برقم ٤٣ (١٥٣١)، ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرَّقا، فإن صدقا وبيّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما».
أخرجه البخاري في البيوع، باب البيعان بالخيار برقم ٢١١٠.

(٢) لظاهر الخبر السابق، لأن اسم البيع يشمل الكل.

(٣) لوجود المقتضي بلا مانع، والأصح أنه موقوف.

(٤) لئلا يتمكن من إزالة الملك.

(٥) لأنها ليست بيعًا، والحديث إنما ورد في البيع.

الثَّوَابِ، وَالشُّفْعَةُ وَالإِجَارَةُ وَالمُسَاقَاةُ وَالصَّدَاقُ فِي الأَصَحِّ[١].

وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ[٢]، فَلَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سقط حَقُّهُ[٣] وبَقِيَ للآخرِ[٤]، وَبِالتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا[٥]، فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا[٦]. وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ، الْعُرْفُ[٧].

وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ جُنَّ فَالأَصَحُّ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ[٨]، وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ أَوْ الْفَسْخِ قَبْلَهُ صُدِّقَ النَّافِي[٩].

---

(١) لأنها لا تسمى بيعًا، والمعتمد في الهبة ذات الثواب ثبوت الخيار فيها لأنها بيع حقيقي.

(٢) لأنه حقهما فسقط بإسقاطهما.

(٣) لأنه رضًا منه بلزومه، كما دل عليه حديث ابن عمر السابق: «. . . أو يقول أحدهما لصاحبه اختر».

(٤) لعدم إسقاط حقه.

(٥) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما السابق: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

(٦) للحديث السابق، ففي رواية البخاري برقم ٢١٠٧ قال نافع: «وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه»، وفي رواية لمسلم: «قام فمشى هنيهة ثم رجع إليه»، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا أو يخيّر أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرَّقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع». أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا خيَّر أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم ٢١١٢، ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين برقم ٤٤ (١٥٣١).

(٧) لأن ما ليس له حد شرعًا ولا لغةً يُرجع فيه إلى العرف.

(٨) قياسًا على خيار الشرط الآتي بيانه، بل هنا أولى لثبوته بالعقد.

(٩) لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ.

فَصْلٌ

لَهُمَا وَلأَحَدِهِمَا شَرْط الخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ[(١)] إلاَّ أَنْ يُشْتَرَطَ [(1)] الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِس كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ[(٢)]، وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لاَ تَزِيدُ عَلَى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ[(٣)]، وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ[(٤)]، وَقِيلَ: مِنَ التَّفَرُّقِ[(٥)]،

....

(1) خ المغني والسراج: يشترطا.

---

(١) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيع، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خِلابة»، أي: «لا خديعة». أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع برقم ٢١١٧، ومسلم في البيوع، باب من يخدع في البيع برقم ٤٨ (١٥٣٣).

وقد حكى المصنف في المجموع ٩/ ١٩٠ الإجماع عليه.

(٢) لامتناع التأجيل فيهما، لما فيه من الغرر، والخيار أعظمُ غررًا منه.

(٣) لقصة منقذ بن عمرو السابقة، ففي ابن ماجه في التجارات، باب الحجر على من يفسد ماله برقم ٢٣٥٥، من حديث محمد بن يحيى بن حبان أن النبي ﷺ قال لجده منقذ بن عمرو: «إذا أنت بايعت فقل: لا خِلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال. فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها».

وأخرجه أيضًا الدارقطني في السنن ٣/ ٥٥، والبيهقي في الكبرى ٥/ ٢٧٣، وأعله البوصيري في المصباح ٢/ ٣٥ بتدليس ابن إسحاق لعنعنته، لكن أخرجه البخاري في التاريخ الكبير ٨/ ١٧ مصرحًا بتحديثه فزالت علة التدليس، ولذلك حسَّنه المصنف في المجموع ٩/ ١٩٠.

ولأن الأصل امتناع الخيار ولزوم العقد بمجرد التعاقد؛ لكونه مخالفًا لوضع البيع وإنما جاز للحاجة، وهي تندفع غالبًا بالثلاثة الأيام.

(٤) لأن الغالب وقوع شرط الخيار فيه لا في المجلس بعده.

(٥) لثبوت خيار المجلس قبله.

وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ المَبِيعِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ[١]، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ[٢]، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَإِلاَّ فَلِلْبَائِعِ.

وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا: كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ وَرَفَعْتُهُ واسْتَرْجَعْتُ المَبِيعَ، وَفِي الإِجَازَةِ: أَجَزْتُهُ وأَمْضَيْتُهُ[٣]، وَوَطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ[٤]، وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الأَصَحِّ[٥].

وَالأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ[٦]، وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلاَ إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي[٧].

فَصْلٌ

لِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ كَخَصَاءِ رَقِيقٍ[٨] وَزِنَاهُ[٩]

---

(١) لقصر التصرّف على من له الخيار، والتصرّف دليل الملك.

(٢) لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر، فوقف الأمر إلى اللزوم.

(٣) لأن هذه الألفاظ صرائح في الفسخ أو الإجازة.

(٤) أما الوطء فلتضمنه اختيار الإمساك، وأما الإعتاق فلقوته نظرًا لتشوف الشارع إليه ومن ثم نفذ قطعًا في الفسخ.

(٥) لإشعارها بعدم البقاء عليه.

(٦) لإشعارها باختيار الإمساك.

(٧) لعدم إشعارها من البائع بعدم البقاء عليه، ومن المشترى بالبقاء عليه، إذ قد يقصد بالعرض الاستبانة أرابح هو أم خاسر.

(٨) لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي، ولا نظر لزيادة القيمة باعتبار آخر، لأن فيه فوات جزء من البدن مقصود، والجب كالخصاء.

(٩) لأن تهمة الزنا لا تزول، إذ قد يألفه، ولهذا لا يعود إحصان الزاني بتوبته.

وسَرِقَتِهِ[1] وَإِبَاقِهِ وَبَوْلِهِ بِالْفِرَاشِ وَبَخَرِهِ وَصِنَانِهِ وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضِّهَا[2] وَكُلِّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوِ الْقِيمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ المَبِيعِ عَدَمُهُ[3] سَوَاءٌ قَارَنَ العَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ[4]، وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ فَلاَ خِيَارَ[5] إِلاَّ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الأَصَحِّ[6]، بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الأَصَحِّ[7].

وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الأَصَحِّ[8]، وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ

---

(١) للعلة السابقة.

(٢) لنقص القيمة بذلك كله، ذكرًا كان أو أنثى. ولقلة الرغبة فيهم مع هذه العيوب.

(٣) لأن الغالب في الأعيان السلامة، وبذل المال يكون في مقابلة السليم، فإذا أبان العيب وجب التمكّن من التدارك.

(٤) لحديث عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلامًا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبًا، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغلَّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان».
أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا برقم ٣٥١٠، وقال: هذا إسناد لس بذاك يعني لحال مسلم بن خالد الزنجي وهو صدوق كثير الأوهام كما في التقريب، لكن للحديث شاهد سيأتي ذكره، وأخرجه أحمد في المسند ٦/ ٢٣٧، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٥، وصححه ووافقه الذهبي، وابن حبان في صحيحه ٧/ ٢١١ من الإحسان، وقال الحافظ في التلخيص ٣/ ٢٢: وصححه ابن القطان، وقال ابن حزم: لا يصح.

(٥) لأنه بالقبض صار من ضمانه، فكذا جزاؤه.

(٦) لأنه لتقدم سببه كالمتقدم.

(٧) لأن المرض يزداد شيئًا فشيئًا إلى الموت فلم يحصل بالسابق، إذ لا تتحقق إضافته إليه فلا رد له بذلك.

(٨) لأن قتله لتقدم سببه كالمتقدم فينفسخ البيع فيه قبيل القتل.

بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ[1]، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ (1) عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ[2]، وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الأَصَحِّ[3]، وَلَوْ هَلَكَ المَبِيعُ عِنْدَ المُشْتَرِي أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالأَرْشِ[4]، وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا، وَالأَصَحُّ اعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ[5].

....

(1) خ ط والمغني: من كل.

---

(١) أي على أن البائع بريء من كل عيب يظهر به، أو على أن لا ترد عليه بعيب، فيقبل المشتري ذلك.

(٢) لما أخرجه مالك في الموطأ ٢/٤٨: «أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع غلامًا له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدًا وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: «بعتُه بالبراءة»، فقضى عثمان بن عفان رضي الله عنه على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبـى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم».
فدلَّ قضاء عثمان رضي الله عنه على البراءة في صورة الحيوان المذكورة.

(٣) لأنه إسقاط للشيء قبل حدوثه، فلا يبرأ من ذلك، كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له.

(٤) لتعذر الرد بفوات المبيع حسًا أو شرعًا.

(٥) لأن القيمة إن كانت وقت البيع أقل فالزيادة في المبيع حدثت في ملك المشتري، وفي الثمن حدثت في ملك البائع فلا تدخل في التقويم.
أو كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقلَّ فالنقص في المبيع من ضمان البائع، وفي الثمن من ضمان المشتري فلا تدخل في التقويم أيضًا.

وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ دُونَ المَبِيعِ رَدَّهُ[١] وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَوْ قِيمَتَهُ[٢]، وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَلاَ أَرْشَ فِي الأَصَحِّ[٣]، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ فَلَهُ الرَّدُّ[٤]، وَقِيلَ: إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بِعَيْبٍ فَلاَ رَدَّ[٥]، وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ[٦] فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ، فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ[٧]، أَوْ لَيْلاً فَحَتَّى يُصْبِحَ[٨].

فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ[٩] أَوْ عَلَى وَكِيلِهِ[١٠]، وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الأَمْرَ إِلَى الحَاكِمِ فَهُوَ آكَدُ[١١]، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا

---

(١) أي المبيع.

(٢) لأنه لو كان باقيًا لاستحقه، فإذا تلف ضمنه بذلك قياسًا على غيره ويعتبر في ذلك أقل قيمه من وقت البيع إلى وقت القبض.

(٣) لأنه لم ييأس من الرد إذ قد يعود إليه فيرده.

(٤) لزوال المانع، وسواء أعاد إليه بالرد بالعيب أم بغيره.

(٥) لأنه بالاعتياض عنه استدرك الظلامة وغبن غيره كما غبن هو.

(٦) لأن الأصل في البيوع اللزوم، وجواز الرد عارض فلم يحتمل التأخير، ولأنه خيار ثبت بالشرع لرفع الضرر عن المال فكان فوريًا كالشفعة فيبطل بالتأخير، وحكى في التحفة ٤/٣٦٧، الإجماع على ذلك، وكذا في النهاية ٥/٤٧.

(٧) لأنه لا يعد مقصرًا بذلك، بل هو معذور به.

(٨) لعذره بكلفة السير فيه.

(٩) لتيسر ذلك عليه.

(١٠) لأنه قائم مقامه في ذلك.

(١١) لأن الخصم ربما أحوجه في آخر الأمر إلى المرافعة إليه فيكون الإتيان إليه من البداية فاصلاً للنزاع جزمًا.

رَفَعَ إِلَى الحَاكِمِ[١]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إِنْ أَمْكَنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الحَاكِمِ[٢]، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الأَصَحِّ[٣].

وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الاِسْتِعْمَالِ[٤]، فَلَوْ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَوْ تَرَكَ عَلَى الدَّابَةِ سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا بَطِلَ حَقُّهُ[٥]، وَيُعذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوقُهَا وَقَوْدُهَا[٦]، وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلاَ أَرْشَ[٧].

وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا[٨]، ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ رَدَّهُ المُشْتَرِي[٩] أَوْ قَنِعَ بِهِ[١٠]، وَإِلاَّ فَلْيَضُمَّ المُشْتَرِي أَرْشَ الحَادِثِ إِلَى

---

(١) ليدعي الشراء، ويثبت له الرد.

(٢) لأن سكوته وتركه ذلك مع إمكانه يحتمل الإعراض، فيتفق مع أصل البيع وهو اللزوم.

(٣) لأنه يبعد إيجابه من غير سامع، أو سامع لا يعتد به.

(٤) لأن الاستعمال بعدئذٍ يعد رضًا به بما فيه.

(٥) لإشعار ذلك بالرضا بالعيب، وإنما جعل الترك انتفاعًا لأنه لو لم يتركه على الدابة لاحتاج إلى حمله أو تحميله.

(٦) للحاجه إليه.

(٧) لأنه هو المفوِّت بتقصيره عملاً بالقاعدة الفقهية «الرضا بالشيء رضا به وبما يتولد منه».

(٨) أي الرد القهري، لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعيبين، إذ الضرر لا يزال بالضرر كما هي القاعدة الفقهية.

(٩) بلا أرش لرضاه بالعيب.

(١٠) بلا أرش كذلك لأن المانع من الرد هو ضرر البائع، وقد زال برضاه به.

المَبِيعِ وَيَرُدُّ، أَوْ يَغْرَمُ الْبَائِـعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ وَلاَ يَرُدُّ[١]، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَاكَ[٢]، وَإِلاَّ فَالأَصَحُّ إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الإِمْسَاكَ[٣].

وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ المُشْتَرِي الْبَائِـعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالحَادِثِ لِيَخْتَارَ[٤]، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلاَمَهُ بِلاَ عُذْرٍ فَلاَ رَدَّ وَلاَ أَرْشَ[٥]، وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لاَ يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلاَّ بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِـجٍ وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ رَدَّ وَلاَ أَرْشَ عَلَيْهِ فِي الأَظْهَرِ[٦]، فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الحَادِثَةِ[٧].

فَـرْعٌ

اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا[٨]، وَلَوْ (1) ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا لاَ المَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الأَظْهَرِ[٩]، وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدَ رَجُلَيْنِ مَعِيبًا فَلَهُ

. . . .

(1) خ ط: فلو.

---

(١) لأن كلاًّ من المسلكين هذين فيه جمع للمصلحتين ورعاية للجانبين.

(٢) لأن الحق لهما لا يعدوهما.

(٣) لأن في ذلك تقرير العقد الذي هو الأصل في العقود.

(٤) قياسًا على وجوب الفورية في الرد حيث لا عيب حادث.

(٥) لإشعار التأخير بالرضا به.

(٦) لعذره في تعاطيه لاستكشاف العيب إذ لا يعرف العيب إلاَّ به، فكأن البائع سلطه على كسره ليعرف عيبه.

(٧) يعني في امتناع الرد القهري بذلك، لفعله ما لا يحتاج إليه.

(٨) لوجود المقتضي لردهما.

(٩) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة فيلحق به الضرر، فإن رضي به جاز.

رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا[1]، وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَلأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الأَظْهَرِ[2]، وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ[3] بِيَمِينِهِ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ[4].

وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كالسِّمَنِ تَتْبَعُ الأَصْلَ[5]، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالأُجْرَةِ لاَ تَمْنَعُ الرَّدَّ[6]، وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ[7] وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الأَصَحِّ[8]، وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلاً فَانْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الأَظْهَرِ[9].

وَلاَ يَمْنَعُ الرَّدَّ الاِسْتِخْدَامُ[10] وَوَطْءُ الثَّيِّبِ[11].

---

(١) لتعدد الصفقة بتعدد البائع.

(٢) لتعدد الصفقة بتعدد المشتري.

(٣) لأن الأصل لزوم العقد وعدم العيب.

(٤) لقطع احتمال صدق المشتري.

(٥) لعدم إمكان إفرادها.

(٦) عملاً بمقتضى العيب.

(٧) لحديث عائشة رضي الله عنها: «أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان». أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغلّه ثم يجد به عيبًا برقم ١٢٨٥، وقال عنه: حسن صحيح، وأخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا برقم ٣٥٠٨، والنسائي في البيوع، باب الخراج بالضمان ٧/ ٢٥٤، وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان برقم ٢٢٤٢.
والمعنى أن فوائد المبيع للمشتري مقابل أنه لو تلف كان من ضمانه.

(٨) بناءً على الأصح أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله.

(٩) لوجود المقتضي بلا مانع، إذ الحمل يُعلم ويقابل بقسط من الثمن.

(١٠) لظاهر الحديث السابق، وحكى في التحفة ٤/ ٣٨٧، والنهاية ٥/ ٦٩، الإجماع عليه.

(١١) قياسًا على الاستخدام.

وافْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ[1]، وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى المَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ[2].

فَصْلٌ

التَّصْرِيَةُ حَرَامٌ[3] تُثْبِتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ[4]، وَقِيلَ: يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ[5]، فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ[6]، وَقِيلَ: يَكْفِي صَاعُ

(١) قياسًا على سائر العيوب الحادثة، فيمنع الرد لذلك.

(٢) لأن الافتضاض نقص في الجارية، إذ البكارة تقصد في الشراء، وذهابها يوجب أرش النقص؛ فإن كان من المشتري فلا رد له بالعيب، أو من غيره وأجاز هو البيع فله الرد بالعيب، ولا شيء له في افتضاض البائع، وله في افتضاض الأجنبي بذَكَره مهر مثلها، وبغير ذكره ما نقص من قيمتها.

(٣) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا تُصَرُّوا الإبلَ والغنم فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعًا من تمر». أخرجه البخاري في البيوع، باب النهي للبائع أن يحفّل الإبل والبقر والغنم... برقم ٢١٤٨، ومسلم في البيوع، باب حكم بيع المصراة برقم ٢٣ (١٥٢٤).

(٤) لظاهر الحديث السابق.

(٥) لإحدى روايات الحديث السابق عند مسلم برقم ٢٤ بلفظ «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر»، وفي رواية: «صاعًا من تمر لا سمراء» أي حنطة، وهذا نص الشافعي في الإملاء كما عزاه الخطيب في المغني ٢/٤٥٣، نقلاً عن الروياني وصححه جمع كثير من الأصحاب، وأجاب الأكثرون بحمل الخبر على الغالب من أن التصرية لا تَظهر فيما دون الثلاث، لاحتمال إحالة النقص على اختلاف العلف والمأوى مثلاً.

(٦) للحديث السابق.

قُوتٍ[1]، والأَصَحُّ أَنَّ الصَّاعَ لاَ يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ[2]، وَأَنَّ خِيَارَهَا لاَ يَخْتَصُّ بِالنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ وَالجَارِيَةَ وَالأَتَانَ[3]، وَلاَ يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا[4]، وَفِي الجَارِيَةِ وَجْهٌ[5].

وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَا المُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعَرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ الخِيَارَ[6]، لاَ لطْخِ ثَوْبِهِ تَخْيِيلاً لِكِتَابَتِهِ فِي الأَصَحِّ[7].

***

(١) لرواية الترمذي للحديث السابق بلفظ: «من اشترى مصرَّاةً فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعًا من طعام لا سمراء». أخرجه في البيوع، باب ما جاء في المصراة برقم ١٢٥٢، وأبو داود في البيوع برقم ٣٤٤٤، وقال الترمذي: حسن صحيح. ولحديث ابن عمر عند أبي داود برقم ٣٤٤٦، بلفظ: «من ابتاع محفَّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحًا». ورُدَّ برواية مسلم السابقة: «صاعًا من تمر لا سمراء» أي لا طعام فإذا امتنعت وهي أعلى الأقوات عندهم فغيرها أولى كما أن رواية القمح عند أبي داود ضعيفة.

(٢) لظاهر الخبر وقطعًا للخصومة بينهما كما لا تختلف غُرَّة الجنين باختلاف ذكورته وأنوثته، ولا أرش الموضحة مع اختلافها في الصغر والكبر.

(٣) لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «من اشترى محفَّلة فليرد معها صاعًا». أخرجه البخاري في البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان برقم ٢١٦٤.
فهذه الرواية عامة في كل محفَّلة مما يكون لبنها مقصودًا للأكل أو الإرضاع والتربية.

(٤) لأن لبن الآدميات لا يُعتاض عنه غالبًا، ولبن الأتان نجس لا قيمة له.

(٥) لأنه كإبل النعم في الطهارة وصحة بيعه وأخذ العوض عنه.

(٦) قياسًا على التصرية بجامع التدليس في كلٍّ.

(٧) لأنه ليس فيه كبير غرر، ولتقصير المشتري إذ يمكنه اختباره في الحال، ولأن الاستدلال به على الكتابة ضعيف حيث يحتمل أن يكون لبس ثوب غيره أو أصابه ذلك من حمل دواة أو غيره.

بـــابٌ

المَبيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ[1]، فَإِنْ تَلِفَ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثّمَنُ[2]، وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنِ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الحُكْمُ[3].

وَإِتْلاَفُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ إِنْ عَلِمَ[4]، وَإِلاَّ فَقَوْلاَنِ: كَأَكْلِ المَالِكِ طَعَامَهُ المَغْصُوبَ ضَيْفًا[5]، وَالمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلاَفَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ[6]، وَالأَظْهَرُ أَنّ إِتْلاَفَ الأَجْنَبِيِّ لاَ يَفْسَخُ[7]، بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي[8] بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيَغْرَمَ الأَجْنَبِيُّ أَوْ يَفْسَخَ فَيُغَرِّمَ الْبَائِعُ الأَجْنَبِيَّ.

---

(١) لبقاء سلطته عليه، سواء عرضه على المشتري فلم يقبله أم لا.

(٢) لفوات التسليم المستحق بالعقد، فبطل كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل القبض.

(٣) لأنه أبرأ عما لم يجب.

(٤) قياسًا على ما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب.

(٥) يعني جاهلاً أنه طعامه، أظهر القولين أنه يصير بذلك قابضًا، عملاً بقاعدة تقديم المباشرة على السبب.

(٦) يعني: بآفة سماوية وذلك لتعذر الرجوع عليه بقيمته لأنه مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن.

(٧) لقيام بدل المبيع الملزم به مقامه.

(٨) وذلك لفوات العين المقصودة.

وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ[(١)]، وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي فَلَا خِيَارَ[(٢)] أَوْ الأَجْنَبِيُّ فَالْخِيَارُ[(٣)]، فَإِنْ أَجَازَ غَرِمَ الأَجْنَبِيُّ الأَرْشَ[(٤)]، وَلَوْ عَيَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمِ[(٥)].

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ[(٦)]، وَالأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ[(٧)]، وَأَنَّ الإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالهِبَةَ كَالْبَيْعِ[(٨)]، وَأَنَّ الإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ[(٩)]، وَالثَّمَنَ الْمُعَيَّنَ كَالْمَبِيعِ[(١٠)]، فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ[(١١)].

---

(١) لرضاه بذلك العيب، ولا أرش له لقدرته على الفسخ.

(٢) لحصوله بفعله.

(٣) لكونه مضمونًا على البائع.

(٤) لأنه الجاني، ولكن بعد قبض المبيع.

(٥) لأن فعل البائع إما كالآفة، وإما كفعل الأجنبي، وكلاهما مثبتٌ للخيار قطعًا وإنما الخلاف في التغريم.

(٦) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه». قال ابن عباس: وأحسب كل شيء مثله.
أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك برقم ٢١٣٥، ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ٢٩ (١٥٢٥)، وذلك لضعف الملك قبل القبض بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله.

(٧) لعموم النهي السابق، والعلة كذلك.

(٨) لوجود المعنى المعلل به النهي فيها وهو ضعف الملك، ولأن كلًّا من هذه الثلاثة: عقدٌ يقصد به تمليك المال في الحال فأشبه البيع.

(٩) لقوته وتشوف الشارع إليه، ويكون به قابضًا.

(١٠) لعموم النهي عنه.

(١١) لعموم النهي عنه كذلك وللعلتين المذكورتين قبل.

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاكِهِ، وَمَوْرُوثٍ وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ(١)، وَكَذَا عَارِيَةٌ (1) وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ(٢)، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ(٣)، وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ(٤)، فَإِنِ اسْتَبْدَلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ اشْتُرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ(٥)، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ(٦) وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنِ اسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ(٧).

. . . .

(1) خ ط: إعارة.

---

(١) لتمام ملكه على ذلك وقدرته على تسليمه.

(٢) لتمام ملكه كذلك.

(٣) لعموم حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه». أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة برقم ٢١٣٣. ولعدم استقراره فإنه معرض بانقطاعه للانفساخ أو الفسخ.

(٤) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير فآخذ مكانها الورق، وأبيع بالورق فآخذ مكانها الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ فوجدته خارجًا من بيت حفصة، فسألته عن ذلك فقال: «لا بأس به بالقيمة». ولفظ أبي داود: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيءٌ». أخرجه أبو داود في البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق برقم ٣٣٥٤، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في الصرف برقم ١٢٤٢، والنسائي في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب، وبيع الذهب بالفضة ٧/ ٢٨٢، والحاكم في المستدرك ٢/ ٤٤، وصححه على شرط مسلم ووافقه الذهبي. واختلف في رفعه ووقفه وأكثرهم على وقفه.

(٥) لدلالة الحديث السابق، وذلك حذرًا من الربا.

(٦) لجواز الصرف عما في الذمة.

(٧) قياسًا على ما لو باع ثوبًا بدراهم في الذمَّة، إذ لا ربا في ذلك.

وَلَوِ اسْتَبْدَلَ عَنِ الْقَرْضِ وَقِيمَةِ الْمُتْلَفِ جَازَ[1]، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ[2].

وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الأَظْهَرِ، بِأَنِ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو[3] وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطَلَ قَطْعًا[4].

وَقَبْضُ الْعَقَارِ تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ[5] فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ اعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ

---

(١) وذلك لاستقراره، فلا تضر زيادة تبرع بها المؤدي، بأن لم يجعلها في مقابلة شيء.

(٢) من أنهما إن توافقا في علة الربا اشترط قبضه وإلاَّ اشترط تعيينه.

(٣) لأنه لا يقدر على تسليمه. لكن المعتمد صحته كما قرره الخطيب في المغني ٢/ ٧١ نقلاً عن الرافعي، قال: وهو اختيار السبكي، وحكي عن نص الشافعي قال: وذلك لاستقراره فهو كبيعه لمن هو عليه، ولكن بشرط أن يكون المديون مليئًا مقرًا، وأن يكون الدين حالاً مستقرًا.

(٤) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء»، أي الدين بالدين. أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٧، وابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ٥٩٨، والدارقطني في السنن ٣/ ٧١، وإسناده ضعيف وإن صححه الحاكم ووافقه الذهبي كما بينه الحافظ البيهقي في الكبرى ٥/ ٢٩٠، ونقل الحافظ ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢٦، عن الإمام أحمد بن حنبل قوله: ليس هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وسواء اتفق الجنس أو اختلف.

قلت: ذلك لأن الضعيف إذا تلقته الأمة بالقبول انجبر ضعفه وأصبح حجة.

(٥) نظرًا للعرف في ذلك، لعدم ما يضبطه شرعًا أو لغة، فيفرغها بحسب الإمكان.

فِيهِ المضِيُّ إِلَيْهِ فِي الأَصَحِّ[1].

وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ[2]، فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لاَ يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيِّزٍ[3]، وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلاَّ بِإِذْنِ الْبَائِعِ[4] فَيَكُونُ مُعِيرًا لِلْبُقْعَةِ.

فَرْعٌ

لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ المَبِيعِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلاً[5] أَوْ سَلَّمَهُ[6]، وَإِلاَّ فَلاَ يَسْتَقِلُّ بِهِ[7]، وَلَوْ بِيعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا وَحِنْطَةٍ كَيْلاً

---

(١) لأن الحضور إنما اغتفر للمشقة، ولا مشقة في اعتبار مضي ذلك.

(٢) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنا في زمن النبي ﷺ نبتاع الطعام، فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه».
وفي رواية: «أنهم كانوا يُضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعامًا جزافًا أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه».
أخرجه البخاري في البيوع، باب من رأى إذا اشترى طعامًا جزافًا أن لا يبيعه حتى يؤويه برقم ٢١٣٧، ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ٣٣ (١٥٢٧)، وتقدم قول ابن عباس كما في رواية الشيخين: «ولا أحسب كل شيء إلاَّ مثله» يعني الطعام، لأنه كله منقول.

(٣) لحصول التحويل من غير تعد.

(٤) لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها تبعًا، فلا تتحقق الحيازة إلاَّ بإعارته البقعة.

(٥) إذ لا حق له في حبسه، وكذا إن حل ولم يسلمه على المعتمد. وذلك لرضاه بالتأخير.

(٦) بقياس الأولى، وذلك كما تستقل الزوجة بقبض الصداق إذا سلمت نفسها.

(٧) لبقاء حق حبسه، فإن استقل به لزمه رده.

أَوْ وَزْنًا اشْتُرِطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ[١]؛ مِثَالُهُ: بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ: عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ.

وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو[٢]، فَلَوْ قَالَ: اُقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ[٣].

فَـرْعٌ

قَالَ الْبَائِـعُ: لاَ أُسَلِّمُ المَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَـنِ مِثْلَـهُ، أُجْبِرَ الْبَـائِـعُ[٤]، وَفِـي قَـوْلٍ: المُشْتَـرِي[٥]، وَفِـي قَـوْلٍ: لاَ إِجْبَارَ[٦]، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ، وَفِي قَوْلٍ: يُجْبَرَانِ[٧].

---

(١) لحديث أبـي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى طعامًا فلا يَبِعْه حتى يكتالَه». أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع، قبل القبض برقم ٣٩ (١٥٢٨). فدل على أنه لا يحصل القبض فيه إلاَّ بالكيل وقيس عليه الباقي.

(٢) ليكون القبض والإقباض صحيحين، إذ الإقباض هنا متعدد، ومن شرط صحته الكيل، فلزم تعدده، لأن الكيلين قد يقع بينهما تفاوت.

(٣) لاتحاد القابض والمقبض، وضمنه القابض لاستيلائه عليه لغرضه، وبرىء زيد من حق عمرو لإذنه في القبض منه في الأولى، وقبضه بنفسه في الثانية.

(٤) لرضاه بذمته، ولأن ملكه مستقر لأمنه من هلاكه ونفوذ تصرفه فيه بالحوالة والاعتياض، وتملك المشتري للمبيع غير مستقر، فعلى البائع تسليمه ليستقر، ولأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة، فيقدم ما يتعلق بالعين على ما يتعلق بالذمة.

(٥) لأن حقه متعين في المبيع، وحق البائع غير متعين في الثمن فأجبر ليتساويا.

(٦) لأن كلاً منهما يثبت له إيفاء واستيفاء فلا إجبار.

(٧) لأن التسليم واجب عليهما فيلزم الحاكم كلاً منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل ثم يسلم الثمن للبائع، والمبيع للمشتري يبدأ بأيهما شاء.

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ(١)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ(٢) وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ(٣)، أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَوْ مَسَافَةِ (1) قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلِّمَ(٤)، فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ(٥)، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ(٦) فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا(٧).

وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ(٨)، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ الِابْتِدَاءِ(٩).

* * *

(1) خ ظ والمغني والسراج: أو بمسافة.

---

(١) لاستواء الجانبين في تعين كل.

(٢) لأن التسليم واجب عليه حينئذٍ بلا مانع، ولذلك لم يتخير البائع وإن أصر عدم التسليم إليه.

(٣) لما سيأتي في بابه ص ١١٣.

(٤) لئلا يتصرف فيها بما يفوت حق البائع.

(٥) لتضرره بتأخير حقه.

(٦) لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس.

(٧) لئلا يفوت المال.

(٨) لما في التسليم حينئذٍ من الضرر الظاهر، ولا ضرار ولا ضرار.

(٩) لأن الإجبار عند خوف الفوات بالهرب أو تمليك المال أو نحو ذلك فيه ضرر ظاهر، أما الثمن المؤجل فليس للبائع حبس المبيع به وإن حل قبل التسليم كما مر قريبًا لرضاه بتأخيره.

باب التولية والإشراك والمرابحة

اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ: وَلَّيْتُكَ هَذَا الْعَقْدَ فَقَبِلَ لَزِمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ(١)، وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ(٢)، لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ(٣)، وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُوَلِّي بَعْضُ الثَّمَنِ انْحَطَّ عَنِ الْمُوَلَّى(٤).

وَالإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إِنْ بَيَّنَ الْبَعْضَ(٥)، وَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً(٦)، وَقِيلَ: لَا(٧).

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ(٨) بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولُ: بِعْتُكَ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ(٩) أَوْ رِبْحِ

---

(١) لما رواه أبو داود في مراسيله ص ٢٤، وعبد الرزاق في مصنفه ٨/ ٤٩، عن سعيد بن المسيب يرفعه كأنه إلى رسول الله ﷺ قال: «لا بأس بالتولية في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشرك في الطعام قبل أن يستوفى». إسناد رجاله ثقات، واللفظ لأبـي داود.

(٢) لأنه ملك جديد.

(٣) لظهور أنها بالثمن الأول.

(٤) لأن خاصية التولية التنزيل على الثمن الأول.

(٥) لأن الإشراك تولية في بعض المبيع.

(٦) لأن ذلك هو المتبادر من لفظ الإشراك.

(٧) للجهل بقدر المبيع.

(٨) لأنها بيع فتصح لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(٩) لأن الثمن معلوم فكان كقوله: بعتك بمائة وعشرة مثلاً.

دَهْ يَازْدَهْ[١].

وَالمُحَاطَّةُ[٢]: كَبِعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطٍّ دَهْ يَازْدَهْ، وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ[٣]، وَقِيلَ: مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ.

وَإِذَا قَالَ: بِعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثّمَنِ[٤]، وَلَوْ قَالَ: بِمَا قَامَ عَلَيَّ دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ، وَالدَّلَّالِ، وَالحَارِس، وَالْقَصَّار، وَالرَّفَّاءِ، وَالصَّبَّاغ، وَقِيمَةُ الصَّبْغِ وَسَائِرُ المُؤَنِ المُرَادَةِ لِلاِسْتِرْبَاح[٥]، وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ يَدْخُلْ (1) أُجْرَتُهُ[٦].

وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ، فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ[٧]، وَلْيُصَدَّقِ الْبَائِعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ[٨]، وَالأَجَلِ[٩] وَالشِّرَاءِ

....

(1) خ ط وظ، وكذا السراج والمغني: لم تدخل.

---

(١) كلمة فارسية بمعنى الأولى: أي كل عشرة يربحها درهم، أو يربح درهم لكل أو في كل أو على كل عشرة.

(٢) وتسمى المواضعة والمخاسرة فتجوز؛ لأنه بيع بثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال: بعتك بمائة إلاَّ عشرة.

(٣) لأن الربح جزء من أحد عشر كما مر فليكن الحط كذلك.

(٤) لأن العقد لم يقع إلاَّ بذلك.

(٥) لأن جميع ذلك من مؤن التجارة.

(٦) لأن عمله وما تطوع به غيره لم يقم عليه وإنما قام ما بذله.

(٧) لجهالة الثمن مع سهولة معرفته.

(٨) لأن بيع المرابحة مبني على الأمانة لاعتماد المشتري نظر البائع ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أو حط.

(٩) لأن الأجل يقابله قسط من الثمن.

بالْعَرْضِ[١] وَبَيَانِ الْعَيْبِ الحَادِثِ عِنْدَهُ[٢]، فَلَوْ قَالَ بِمِائَةٍ فَبَانَ بِتِسْعِينَ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَحُطُ الزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا[٣]، وَأَنَّهُ لاَ خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي[٤]، وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشْرَةٌ[٥] وَصَدَّقَهُ المُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الأَصَحِّ[٦].

قُلْتُ: الأَصَحُّ صِحَّتُهُ[٧]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِغَلَطِهِ [1] وَجْهًا مُحْتَمَلاً لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَلاَ بَيِّنَتُهُ[٨]، وَلَهُ تَحْلِيفُ المُشْتَرِي أَنَّهُ لاَ يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ[٩]، وَإِنْ بَيَّنَ فَلَهُ التَّحْلِيفُ[١٠]، وَالأَصَحُّ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ[١١].

❋ ❋ ❋

....

(1) خ السراج: للغلط.

---

(١) لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشد البائع بالنقد.

(٢) لأن العيب ينقص به المبيع كما كان حين شرائه، ولأن الغرض يختلف بذلك.

(٣) لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول كما في الشفعة.

(٤) لأنه قد رضي بالأكثر فأولى أن يرضى بالأقل.

(٥) يعني: بعد أن كان قد ذكر أنه بمائة.

(٦) يعني: لتعذر إمضائه مزيدًا فيه العشرة المتبوعة بربحها، لأن العقد لا يحتمل الزيادة.

(٧) قياسًا على ما لو غلط المشتري بالزيادة.

(٨) لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي. وهو لا يصح الرجوع فيه.

(٩) لأنه قد يقر عند عرض اليمين عليه.

(١٠) لأن العذر يحرك ظن صدقه.

(١١) لظهور عذره.

باب الأصول والثمار

قَالَ: بِعْتُكَ هَذِهِ الأَرْضَ أَوِ السَّاحَةَ أَوِ الْبُقْعَةَ وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ(١)، وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ (1) كَالْقَتِّ وَالهِنْدِبَا كالشَّجَرِ(٢)، وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ(٣).

وَيَصِحُّ بَيْعُ الأَرْضِ المَزْرُوعَةِ عَلَى المَذْهَبِ(٤)، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ جَهِلَهُ(٥)، وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعَ دُخُولُ الأَرْضِ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَضَمَانُهُ إِذَا حَصَلَتِ التَّخْلِيَةُ فِي الأَصَحِّ(٦)، وَالْبَذْرُ كالزَّرْعِ(٧)، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ

. . . .

(1) خ س ب: سنين.

---

(١) لأن البيع قوي بدليل أنه ينقل الملك فاستتبع، بخلاف الرهن فإنه ضعيف.

(٢) لأن هذه المذكورات تراد للثبات والدوام فتدخل في البيع دون الرهن.

(٣) لأنه ليس للدوام فأشبه منقولات الدار.

(٤) قياسًا على بيع دار مشحونة بأمتعة فإنه يصح بغير خلاف.

(٥) لتأخر انتفاعه بالأرض.

(٦) لوجود تسليم عين المبيع، مع عدم تأتي التفريغ حالاً.
وفارق نظيره في الأمتعة المشحونة بها الدار المبيعة حيث تمنع من قبضها: بأن تفريغ الدار متأت في الحال، بخلاف الأرض.

(٧) قياسًا عليه، فالبذر الذي لا ثبات لنباته ويؤخذ دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض، =

لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ[1].

وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا مَعَ بَذْرٍ أَوْ زَرْعٍ لاَ يُفْرَدُ بِالْبَيْعِ بَطَلَ فِي الجَمِيعِ[2]، وَقِيلَ: فِي الأَرْضِ قَوْلاَنِ[3].

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الأَرْضِ الْحِجَارَةُ المَخْلُوقَةُ فِيهَا[4]، دُونَ المَدْفُونَةِ[5]، وَلاَ خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ[6]، وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ[7]، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا[8]، وَإِنْ ضَرَّ فَلَهُ الْخِيَارُ[9]، فَإِنْ أَجَازَ لَزِمَ

= ويبقى إلى أوان الحصاد، وإن كان مزروعه يدوم كنوى النخل دخل، لأنه وضع في الأرض للدوام والثبات، فأصبح من أجزاء مسمَّاها عرفًا فتبعها كما في الشفعة.

(١) الذي جهله وأجاز، قياسًا على عدم الأرش بالإجازة بالعيب، ولأنه بالإجازة رضي بتلف المنفعة تلك المدة، فأشبه ما لو باع دارًا مشحونة بالأمتعة، فإنه لا أجرة لمدة التفريغ.

(٢) للجهل بأحد المقصودين الموجب لتعذر التوزيع، بناء على الأصح في مسألة تفريق الصفقة أن الإجازة بالقسط. كما تقدم ص ٢٨.

(٣) أحدهما كالأول، والثاني الصحة في الجميع، بناء على الضعيف في مسألة تفريق الصفقة.

(٤) لأنها من أجزائها.

(٥) قياسًا على دار فيها أمتعة؛ فإنها لا تدخل.

(٦) لرضاه بذلك قياسًا على سائر العيوب.

(٧) تفريغًا لملك المشتري، وعليه تسوية الأرض، ولا أجرة عليه لمدة ذلك وإن طالت، لرضاه كما سبق.

(٨) لزوال ضرره بالقلع، وعلى البائع النقل والتسوية، وللمشتري إجباره عليه وإن لم يضر تركها.

(٩) دفعًا لضرره.

الْبَائِـعَ النَّقْلُ[1] وَتَسْوِيَةُ الأَرْضِ[2].

وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ المِثْلِ مُدَّةَ النَّقْلِ أَوْجُهٌ، أَصَحُّهَا تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ[3] لاَ قَبْلَهُ[4].

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ: الأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ[5]، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ[6].

وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ: الأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ[7]، لاَ المَزَارِعُ عَلَى الصَّحِيحِ[8].

وَفِي بَيْـعِ الـدَّارِ: الأَرْضُ[9]، وَكُـلُّ بِنَـاءٍ[10] حَتَّـى حَمَّـامِهَـا[11]،

---

(١) تفريغًا لملك المشتري.

(٢) لأنه أحدث الحفر لتخليص ملكه.

(٣) لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة.

(٤) لأن جنايته قبله كالآفة.

(٥) لدخولها في مسماه بل لا يسمى بستانًا بدون ذلك.

(٦) لثباته.

(٧) لدخولها تحت اسمها.

(٨) لخروجها عن مسمَّاها عرفًا.

(٩) وحكى في التحفة ٤/٤٤٨، والنهاية ٥/١٣٠، الإجماع على ذلك عند الإطلاق إن ملكها البائع، أما إن كانت محتكرة أو موقوفة فلا تدخل لكن يتخير المشتري إن جهل.

(١٠) لأن الدار اسم للبناء والأرض.

(١١) لأنه من مرافقها.

لَا المَنْقُولُ كالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ[1]، وَتَدْخُلُ الأَبْوَابُ المَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا وَالإِجَّانَاتُ وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ المُسَمَّرَانِ[2]، وَكَذَا الأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيِ الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ[3] وَالأَعْلَى، وَمِفْتَاحُ غَلَقٍ مُثْبَتٌ فِي الأَصَحِّ[4].

وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ: نَعْلُهَا[5]، وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الأَصَحِّ[6]. قُلْتُ: الأَصَحُّ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ[7]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرْعٌ

بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا[8]، وَفِي وَرَقِ التُّوتِ وَجْهٌ[9]، وَأَغْصَانُهَا إِلَّا الْيَابِسَ[10]، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَوِ الْقَطْعِ، وَبِشَرْطِ

(١) لخروجها عن اسم الدار، فلا يتناولها.

(٢) لأن الجميع معدود من أجزائها لاتصالها بها.

(٣) لثباته.

(٤) لأنهما تابعان لمثبت، وفي معناهما كل منفصل توقف عليه نفع متصل.

(٥) لاتصاله بها ما لم يكونا من نقد لعدم المسامحة حينئذٍ بهما.

(٦) لأن العرف يقتضي ذلك.

(٧) اقتصارًا على مقتضى اللفظ، ولا عرف في ذلك مطرد، فلا تدخل ولو كانت ساترة العورة، وكذا القرط في أذنه، والخاتم الذي في يده، ونعله ونحوه.

(٨) لأن ذلك من مسمَّاها.

(٩) أنه لا يدخل؛ لأنه كثمرة سائر الأشجار إذ يربى به دود القز الأبيض الأنثى.

(١٠) فلا يدخل لاعتياد الناس قطعه فهو كالثمرة، بخلاف الرطبة فإنها تعد من أجزائها.

الإِبْقَاءِ[١]، وَالإِطْلاَقُ يَقْتَضِي الإِبْقَاءَ[٢]، والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَدْخُلُ المَغْرِسُ[٣] لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتِ الشَّجَرَةُ[٤]، وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَزِمَ المُشْتَرِيَ الْقَلْعُ[٥].

وَثَمَرَةُ النَّخْلِ المَبِيعِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَوِ الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ[٦]، وَإِلاَّ فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي[٧]، وَإِلاَّ فَلِلْبَائِعِ[٨].

وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلاَ نَوْرٍ: كَتِينٍ وَعِنَبٍ إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ فَلِلْبَائِعِ وَإِلاَّ

---

(١) عملاً بالشرط الذي تراضيا عليه.

(٢) في الشجرة الرطبة للعادة بذلك، وإن كانت تغلظ عمَّا هي عليه.

(٣) لأن اسمها لا يتناوله.

(٤) تبعًا للشجرة التي امتلكها.

(٥) عملاً بالعرف في ذلك.

(٦) وفاء بالشرط، سواء كانت قبل التأبير أم بعده.

(٧) لمفهوم الحديث الآتي.

(٨) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلاَّ أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا وله مال فماله للذي باعه إلاَّ أن يشترط المبتاع».
أخرجه البخاري في البيوع، باب الرجل يكون له مَمَرٌّ أو شِرب في حائط أو نخل برقم ٢٣٧٩، ومسلم في البيوع، باب من باع نخلاً وعليها تمر برقم ٧٧ (١٥٤٣).
فدل بمنطوقه على أن المؤبرة للبائع وإن لم يشرط له، ودل بمفهومه على أن غير المؤبرة للمشتري إلاَّ أن يشترطها البائع. وفي المثل السَّائر: إنما الثمر لمن أبَّر.
كما دل الاستثناء على أنها للمشتري عند اشتراطها له إن تأبرت.

فَلِلْمُشْتَـرِي[١]، وَمَـا خَـرَجَ فِـي نَـوْرٍ [1] ثُـمَّ سَقَـطَ كَمِشْمِـشٍ وَتُفَّـاحٍ، فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ الثَّمَرَةُ[٢]، وَكَذَا إِنِ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرِ النَّوْرُ فِي الأَصَحِّ[٣] وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِـعِ[٤].

وَلَوْ بَاعَ [2] نَخَلاتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةٍ وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِـعِ[٥]، فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ فَلِلْمُشْتَرِي فِي الأَصَحِّ[٦]، وَلَوْ كَانَتْ فِي بَسَاتِينَ فَالأَصَحُّ إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ[٧].

وَإِذَا بَقِيَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِـعِ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ[٨]، وَإِلاَّ فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الجَدَادِ[٩]، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنِ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ[١٠]، وَلاَ

(1) خ المغني والسراج: نوره.
(2) خ س: ثمر نخلات.

(١) لأن البروز هنا كالتشقق في الطلع.
(٢) لأنها حينئذٍ كالمعدومة.
(٣) إلحاقًا لها بالطلع قبل تشققه، لأن استتارها بالنور بمنزلة استتار ثمرة النخل بكمامه.
(٤) لظهورها حينئذٍ.
(٥) لما في تتبع ذلك من العسر فيلحق غير المؤبر به تغليبًا. والتأبير ويسمى التلقيح: تشقيق الطلع الإناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء رطبها أجود مما لم يؤبر.
(٦) وفاء بالعقد الذي قصر البيع على نوع بما لم يؤبر، وتقدم أنه إذا باع ثمر نخل مشترك فيه المؤبر وغيره ولم يميز بينهما أنه إن أُبر منه شيء فهو للبائع، وإلاَّ فهو للمشتري.
(٧) لأن لِاختلاف البقاع تأثيرًا في وقت التأبير.
(٨) وفاء بالشرط.
(٩) تحكيمًا للعادة.
(١٠) لأن لكل منهما غرضًا في السقي ونفعه عائد لهما.

منعَ لِلآخرِ[١]، وَإِنْ ضرَّهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا[٢]، وَإِنْ ضرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِخَ الْعَقْدُ[٣] إِلاَّ أَنْ يُسَامِح الْمُتَضَرِرُ[٤]، وَقِيلَ: لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ.

وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ [1] رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ[٥].

فَصْلٌ

يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلاَحِهِ مُطْلَقًا، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ[٦]، وَقَبْلَ الصَّلاَحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِدًا عَنِ الشَّجَرِ لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِشَرْطِ

. . . .

(1) خ س: يمصُّ.

---

(١) لعدم ضرره إذا المنع حينئذٍ سفه وعناد.

(٢) لأن الحق لهما، فيمتنع على أحدهما الانفراد بذلك لإدخاله على صاحبه ضررًا.

(٣) لتعذر إمضائه إلاَّ بإضرار أحدهما، وعملاً بقاعدة: لا ضرر ولا ضرار.

(٤) فلا فسخ حينئذٍ لزوال النزاع.

(٥) دفعًا لضرر المشتري، فلو تعذر السقي لانقطاع الماء ونحوه تعين القطع.

(٦) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدوَ صلاحها، نهى البائع والمبتاع». أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم ٢١٩٤، ومسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع برقم ٤٩ (١٥٣٤).

ونحوه كذلك عن أنس وجابر رضي الله عنهما في الصحيحين في البابين المذكورين، ومفهومها الجواز بعد بدوه مطلقًا، لأمن العاهة حينئذٍ غالبًا، لغلظها وكبر نواها. وقبله تسرع إليه العاهة لضعفها فيفوت بتلفه الثمن وهو ما أشار إليه =

الْقَطْعِ[1] وَأَنْ يَكُونَ المَقْطُوعُ مُنْتَفِعًا[2] بِهِ لاَ كَكُمَّثْرَى[3]، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ[4] بِلاَ شَرْطٍ.

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لاَ يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ[5]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ بِيعَ مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلاَ شَرْطٍ[6]، وَلاَ يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ[7].

وَيحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الأَخْضَرِ فِي الأَرْضِ إِلاَّ بِشَرْطِ قَطْعِهِ[8]، فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا أَو بَعْدَ اشْتِدَادِ الحَبِّ جَازَ بِلاَ شَرْطٍ[9]، وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ

= النبي ﷺ بقوله: «... أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه». كما أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا باع الثمر قبل أن يبدو صلاحها برقم ٢١٩٨.

(١) للخبر السابق، فإنه يدل بمنطوقه على المنع مطلقًا، وخرج المبيع المشروط فيه القطع بالإجماع كما حكاه الرملي ٥/١٤٦، وابن حجر ٤/٤٦١، فكان مخصصًا لعموم الخبر السابق، فبقي ما عداه على الأصل، ولا يقوم اعتبار قطعه مقام شرطه.

(٢) لأنه إذا لم يكن كذلك يكون إتلافًا للمال. وهو منهي في الشرع.

(٣) إذ لا منفعة لثمره قبل بدو صلاحه.

(٤) لأنهما يجتمعان في ملكه فيشبه ما لو اشتراهما معًا.

(٥) إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره من شجره.

(٦) لتبعية الثمر حينئذٍ للشجر الذي لا تعرض له عاهة.

(٧) لأن فيه حجرًا على المشتري في ملكه، وهذا فيما إذا اتحدت الصفقة، فإن تعددت كأن باع الشجر بدينار والثمر بنصفه لم يجز إلاَّ بشرط القطع لانتفاء التبعية.

(٨) قياسًا على الثمر قبل بدو صلاحه.

(٩) قياسًا على بيع الثمرة بعد بدو صلاحها.

بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ظُهُورُ المَقْصُودِ(١): كَتِينٍ وَعِنَبٍ(٢) وَشَعِيرٍ(٣)، وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ كالحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ(٤) وَلَا مَعَهُ فِي الجَدِيدِ(٥)، وَلَا بَأْسَ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الأَكْلِ(٦)، وَمَا لَهُ كِمَامَانِ كَالجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلاَّ يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ الأَسْفَلِ(٧)، وَلَا يَصِحُّ فِي الأَعْلَى(٨)، وَفِي قَوْلٍ: يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا(٩).

وَبُدُوُّ صَلَاحِ الثَّمَرِ ظُهُورُ مَبَادِي النُّضْجِ وَالحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ،

---

(١) ليكون مرئيًا لا بيع غائب.

(٢) لأنهما مما لا كمام له.

(٣) لظهوره في سنبله وحصول الرؤية في هذا وما قبله.

(٤) لاستتاره.

(٥) لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه.

وأما حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري».

أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع برقم ٥٠ (١٥٣٥)، الدال على جواز بيع الحنطة ونحوها في سنبلها بعد اشتدادها وبه استدل الشافعي على الجواز في القديم، فمحمول في الجديد على سنبل نحو الشعير وذلك للجمع بين هذا الحديث والحديث الآتي في شأن المحاقلة ص ٦٢ من هذا الجزء.

(٦) لأن بقاءه فيه من مصلحته، وذلك كالرمان والعلس والموز والبطيخ.

(٧) لأن بقاءه فيه من مصلحته.

(٨) لاستتاره بما ليس من مصالحه بخلافه في الأسفل.

(٩) لتعلق الصلاح به حيث إنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب فهو إذًا من مصلحته.

وَفِي غَيْرِهِ بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الحُمْرَةِ أَوِ السَّوَادِ، وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ[(١)].

وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَ [(1)] بُسْتَانٍ أَوْ بَسَاتِينَ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْبِيرِ[(٢)].

وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا[(٣)]، وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا[(٤)]، وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا كَبَرْدٍ فَالجَدِيدُ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ المُشْتَرِي[(٥)]، فَلَوْ تَعَيَّبَ

....

(1) خ المغني والسراج: ثمرة.

---

(١) لأن الله تعالى امتنَّ علينا بطيب الثمار على التدريج إطالة لزمن التفكّه، فلو شرط طيب جميعه لأدى إلى حرج شديد.

(٢) فيتبع ما لم يبدو صلاحه ما بدا صلاحه، وإن اختلف النوع بخلاف الجنس فلا يتبع جنس غيره. كما تقدم ص ٥٧.

(٣) لأن السقي من تتمة التسليم الواجب، فلو شرط على المشتري بطل البيع لأنه خلاف قضيته.

(٤) لحصول القبض بها.

(٥) لما تقرر من حصول القبض بها، إذ التخلية كافية في جواز التصرف، فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياسًا على العقار. ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ : «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلاَّ ذلك»». أخرجه مسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين برقم ١٨ (١٥٥٦).

ومحل الشاهد منه أنه ﷺ لم يسقط ما لَحِقَهُ من ثمنها مع غرمه، وأما حديث جابر =

بِتَرْكِ الْبَائِـعِ السَّقْيَ فَلَهُ الْخِيَارُ(١).

وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلاَحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّى هَلَكَ فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي(٢).

وَلَوْ بِيعَ ثَمَرٌ يَغْلِبُ تَلاَحُقُه وَاخْتِلاَطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ كَتِينٍ وِقَثَّاءٍ لَمْ يَصِـحَّ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعَ ثَمَرِه(٣).

وَلَوْ حَصَلَ الاخْتِلاَطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يَنْفَسِـخُ الْبَيْعُ(٤) بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي(٥)، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِـعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الأَصَحِّ(٦).

وَلاَ يَصِـحُّ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ (1) الْمُحَاقَلَةُ(٧)،

. . . .

(1) خ ط: وهي.

= رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح». كما أخرجه مسلم في الباب السابق برقم ١٧ (١٥٥٤). الذي استدل به في القديم على أنه من ضمان البائع، فمحمول على الندب أو على ما قبل التخلية، جمعًا بين الدليلين.

(١) لأن الشرع ألزم البائع التنمية، والتعييب بتركه كالتعييب قبل القبض حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد.

(٢) لتفريطه بترك القطع المشروط.

(٣) خوفًا من الاختلاط المانع من التسليم.

(٤) لبقاء عين المبيع.

(٥) لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم.

(٦) لزوال المحذور، ولا أثر للمنَّة هنا لأنها في ضمن عقد وفي مقابلة عدم فسخه.

(٧) لحديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة والمحاقلة وعن =

وَلَا الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ (1) الْمُزَابَنَةُ(١)، وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الأَرْضِ أَوِ الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ(٢)،

. . . .

(1) خ ط: وهي.

= المزابنة وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه وأن لا تباع إلاَّ بالدينار والدرهم إلاَّ العرايا». أخرجه البخاري في المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل برقم ٢٣٨١، ومسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة برقم ٨١ (١٥٣٦)، زاد مسلم في رواية: «قال عطاء: فسَّر لنا جابر قال: أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر، وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً، والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك، يبيع الزرع القائم بالحب كيلاً». والمعنى فيه: عدم العلم بالمماثلة فيهما، والجهل بالمماثلة حقيقةُ المفاضلة.

(١) للحديث السابق.

(٢) للحديث السابق، ولحديث أبـي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق». أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة برقم ٢١٩٠، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلاَّ في العرايا برقم ٧١ (١٥٤١).

وحديث سهل بن أبـي حثمة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرية يبيعها أهلها بخرصها يأكلونها رُطبًا...». أخرجه البخاري في الباب السابق برقم ١١٩١، ومسلم في الباب السابق برقم ٦٧ (١٥٤٠).

والمعنى فيه حاجة صاحب التمر القديم أو الزبيب إلى الرطب، أو العنب، وليس عنده ثمنه، والنص ورد في التمر وقيس به العنب بجامع أن كلاً منهما زكوي يمكن خرصه ويدخر يابسه.

فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ[1]، وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ جَازَ[2].

وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَرِ كَيْلاً[3]، وَالتَّخْلِيَةِ فِي النَّخْلِ[4]، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثِّمَارِ[5]، وَأَنَّهُ لاَ يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ[6].

* * *

(١) لحديث أبي هريرة السابق، والعبرة بوقت الجفاف.

(٢) لأن كلاًّ عقد مستقل وهو دون الخمسة، وتتعدد الصفقة بتعدد العقد والمشتري، وبتعدد البائع.

(٣) لأنه منقول وقد بيع مقدرًا فاشترط فيه ذلك.

(٤) لأنه مطعوم بمطعوم.

(٥) لتعذر خرصها باستتارها.

(٦) لإطلاق الأحاديث فيه، وإن كانوا هم السبب في الرخصة كما رواه الشافعي في الأم ٣/ ٥٦ إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

باب اختلاف المتبايعين

إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ، أَوْ صِفَتِهِ، أَوِ الأَجَلِ، أَوْ قَدْرِهِ، أَوْ قَدْرِ المَبِيعِ، وَلاَ بَيِّنَةَ تَحَالَفَا[1]، فَيَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ[2].

وَيُبْدَأُ بِالْبَائِعِ[3]، وَفِي قَوْلٍ بِالْمُشْتَرِي[4]، وَفِي قَوْلٍ يَتَسَاوَيَانِ[5]، فَيَتَخَيَّرُ الحَاكِمُ، وَقِيلَ: يُقْرَعُ[6]، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ

---

(١) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعَى عليه».
أخرجه البخاري في تفسير سورة آل عمران برقم ٤٥٥٢، ومسلم في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه برقم ١٧١١، وكل منهما مدع ومدَّعى عليه، فيصدق عليهما.

(٢) لما ذكرنا من أن كلاً منهما مدع ومدعى عليه، فينفي ما ينكره ويثبت ما يدعيه.

(٣) لأن جانبه أقوى بعود المبيع ـ الذي هو المقصود بالذات ـ إليه بالفسخ الناشىء عن التحالف، ولأن ملكه قد تم على الثمن بالعقد، وملك المشتري لا يتم على المبيع إلاّ بالقبض.

(٤) لأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن والأصل براءة ذمته منها، ولأن المبيع في ملكه فيقوى جانبه.

(٥) لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح.

(٦) قياسًا على ما لو حضرا معًا للدعوى، والخلاف في الندب لحصول المقصود بكل تقدير.

تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا[١]، وَيُقَدِّمُ النَّفْيُ فَيَقُولُ: مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا.

وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لاَ يَنْفَسِخُ[٢]، بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا، وَإِلاَّ فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا[٣] أَوِ الحَاكِمُ[٤]، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الحَاكِمُ[٥].

ثُمَّ عَلَى المُشْتَرِي رَدُّ المَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ (وَهِيَ قِيمَة)[1] يَوْمَ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الأَقْوَالِ[٦]، وَإِنْ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ[٧]، وَاخْتِلاَفُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا[٨].

وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهُ بِكَذَا فَقَالَ وَهَبْتَنِيهِ فَلاَ تَحَالُفَ[٩] بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الآخَرِ[١٠]، فَإِذَا حَلَفَا رَدَّهُ مُدَّعِي الْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ[١١].

. . . .

(1) ما بين القوسين، سقط من خ ط والسراج.

---

(١) لاتحاد الدعوى، ومنفي كل منهما في ضمن مثبته، فجاز التعرّض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات، ولأنها الأقرب لفصل الخصومة.

(٢) لأن البينة أقوى من اليمين.

(٣) لأنه فسخ لاستدراك الظلامة، فأشبه الفسخ بالعيب.

(٤) لقطع النزاع.

(٥) لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعِنَّة.

(٦) لأن مورد النسخ العين والقيمة بدلها، فتعيَّن النظر لوقت فوات المبدل.

(٧) لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة فكان بعضه مضمونًا ببعضها.

(٨) لأنها يمين في مال فقام لوارث مقام المورث كاليمين في دعوى المال.

(٩) لأنهما لم يتفقا على عقد واحد.

(١٠) قياسًا على سائر الدعاوى.

(١١) لأنه لا ملك له ولا أجرة عليه لاتفاقهما على عدم وجوبها.

وَلَوِ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالآخَرُ فَسَادَهُ فَالأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ[1].

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيُرَدَّهُ فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا المَبِيعَ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ[2]، وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ المُسْلِمُ فِي الأَصَحِّ[3].

* * *

---

(١) لأن الظاهر في العقود الصحة، وعدم المفسد.

(٢) لأن الأصل السلامة وبقاء العقد، ولحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيِّعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان».
أخرجه أبو داود في البيوع، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم برقم ٣٥١١، والنسائي في البيوع، باب اختلاف المتبايعين في الثمن ٧/٣٠٣، والحاكم في المستدرك ٢/٤٥، وصححه ووافقه الذهبي، ومالك في الموطأ بلاغًا ٢/٧٩، والبيهقي في الكبرى ٥/٣٣٢ وقال: حسن موصول.

(٣) أن هذا هو المقبوض، لأن الأصل بقاء شغل ذمة المسلم إليه بالمسلم فيه.

بـــابٌ

الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ لَا يَصِـحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ(١)، وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِـعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ(٢)، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ(٣)، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِـعِ تَضْمِينُهُ(٤).

وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ(٥)، وَاقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ(٦).

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ (1) تَصَرَّفَ(٧) بِحَسَبِ الْإِذْنِ(٨)، فَإِنْ أَذِنَ

....

(1) خ ط: في تجارة.

---

(١) لأنه محجور عليه لحق السيد.

(٢) لأنه لم يخرج عن ملكه ويسترد الثمن السيد إذا أداه الرقيق من ماله.

(٣) فيطالب به بعد العتق، لثبوته برضا مالكه من غير إذن السيد، إذ القاعدة أن ما لزمه بغير رضا مستحقه كتلف بغصب يتعلق برقبته فقط، أو برضاه مع إذن السيد يتعلق بذمته وكسبه.

(٤) لوضع يده عليه من غير حق.

(٥) لوضعه يده عليه بغير حق كذلك، ويطالب به بعد العتق لتعلّقه بذمته، لأنه لا مال له قبل ذلك.

(٦) قياسًا عليه، فلا يصح منه بغير إذن، وكذا سائر العقود.

(٧) حكى في التحفة ٤/٤٨٧، والنهاية ٥/١٧٤ الإجماع عليه؛ لأن المنع لحق السيد وقد زال.

(٨) لأن تصرفه مستفاد من الإذن، فاقتصر على المأذون فيه.

فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوَزْهُ[١]، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ[٢] وَلَا يُؤَجِّرُ نَفْسَهُ[٣]، وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي تِجَارَةٍ[٤]، وَلَا يَتَصَدَّقُ[٥] وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ[٦] وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ[٧] وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ[٨]، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ[٩].

وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ، أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ شُيُوعٍ بَيْنَ النَّاسِ[١٠]، وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ[١١]، وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ[١٢]، فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدَلِهَا عَلَى العَبْدِ[١٣]، وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ

---

(١) قياسًا على الوكيل وعامل القراض، ولأنه قد يحسن أن يتجر في شيءٍ دون شيءٍ.

(٢) لأن اسم كل منهما غير متناول للآخر.

(٣) لأنه لا يملك التصرف في رقبته.

(٤) أي الذي اشتراه للتجارة، فأضيف إليه لجواز التصرف فيه، وذلك لعدم الإذن له في ذلك فإن أذن له جاز.

(٥) لأنه ليس من أهل التبرّع.

(٦) لأن تصرفه للسيد ورقيق السيد كالسيد بخلاف المكاتب.

(٧) لأنه معصية لا توجب الحجر.

(٨) لأنه لا ينسب لساكت قول.

(٩) لقدرته على الإنشاء.

(١٠) حفظًا لما له إذ الأصل عدم الإذن.

(١١) لتيقن الحجر فلا يزال إلاَّ بيقين مثله، إذ الشيوع قد ينشأ عن غير أصل.

(١٢) لأنه متهم في ذلك، وإن ظننا صدقه، مع أنه لا يد له.

(١٣) لأنه المباشر للعقد فتتعلق به العهدة كعامل المضاربة.

أَيْضًا[١]، وَقِيلَ: لاَ[٢]، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ فَلاَ[٣].

وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الخِلاَفُ[٤]، وَلاَ يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ[٥]، وَلاَ ذِمَّةِ [1] سَيِّدِهِ[٦] بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ[٧]، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِاصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الأَصَحِّ[٨]، وَلاَ يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الأَظْهَرِ[٩].

* * *

....

(1) خ المغني والنهاية والسراج: بذمة.

---

(١) لأن العقد له فكأنهُ البائع والقابض للثمن.

(٢) لأنه بالإذن أعطاه استقلالاً.

(٣) لحصول الغرض بما في يده.

(٤) لأن العقد له فكأنه المشتري، وقيل لا يطالبه لما تقدم.

(٥) لأنه وجب برضا مستحقه.

(٦) لأن العبد هو المباشر للعقد.

(٧) لاقتضاء العرف والإذن ذلك.

(٨) لتعلقه به كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح.

(٩) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلاَّ أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا وله مال فماله للذي باعه إلاَّ أن يشترط المبتاع». تقدم تخريجه ص ٥٦، وذلك لأن العبد ليس بأهل للملك كما قال الله تعالى: ﴿ ۞ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]. بل هو مملوك، فلا يتصور تملكه، وأما إضافة الملك إليه في الحديث السابق فللاختصاص لا للملك، وإلاَّ لَنَافاهُ جَعلُه لسيده.

كتاب السَّلم[١]

هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ:

أَحَدُهَا: تَسْلِيمُ رَأْسِ المَالِ فِي الْمَجْلِسِ[٢] فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَازَ[٣]، وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلاَ[٤]، وَلَوْ قَبَضَهُ وَأَوْدَعَهُ الْمُسْلِمُ جَازَ[٥]، وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً[٦]، وَتُقْبَضُ[1]

....

(1) خ س: ويقبض.

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس رضي الله عنهما: نزلت في السَّلم كما أخرجه ابن جرير في تفسيره ٣/ ١١٦، بإسناد صحيح.

وحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». أخرجه البخاري في السلم في أوله، برقم ٢٢٣٩، ومسلم في المساقاة، باب السلم برقم ١٢٧ (١٦٠٤).

(٢) قبل لزومه، لأن اللزوم كالتفرق.

(٣) لأن المجلس حريم العقد فله حكمه.

(٤) لأن المحال عليه يؤديه عن جهة نفسه إذ بالحوالة يتحول الحق إلى ذمة المحال عليه فهو يؤديه عن نفسه لا عن جهة المسلم.

(٥) لأن الوديعة لا تستدعي لزوم الملك.

(٦) قياسًا على جواز جعلها ثمنًا وأجرة وصداقًا.

بِقَبْضِ الْعَيْنِ[١].

وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ المَالِ بَاقٍ اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ[٢]، وَقِيلَ: لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ[٣]، وَرُؤْيَةُ رَأْسِ المَالِ تَكْفِي [1] عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الأَظْهَرِ[٤].

الثَّاني: كَوْنُ المُسْلَمِ فِيهِ دَيْنًا[٥] فَلَوْ قَالَ أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هذا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ فَلَيْسَ بِسَلَمٍ[٦]، وَلاَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الأَظْهَرِ[٧]، وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ فَقَالَ: بِعْتُكَ انْعَقَدَ بَيْعًا[٨]، وَقِيلَ: سَلَمًا[٩].

الثَّالِثُ: المَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لاَ يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ

....

(1) خ س: يكفي.

---

(١) لأنه الممكن في قبض المنفعة، إذ هي تابعة للعين.

(٢) لأنه عين المسلَم.

(٣) لأنه لم يتناول عينه، وأجيب بأن المعين في المجلس كالمعين في العقد.

(٤) قياسًا على الثمن والمبيع المعين، ولا أثر لاحتمال الجهل بالرجوع به لو تلف لأن صاحب الحق مصدق في قوله لكونه غارمًا.

(٥) لأن لفظ السلم موضوع له كما في الآية الكريمة: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(٦) لاختلال ركنه وهو الدينية.

(٧) لاختلال اللفظ، فإن لفظ السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان.

(٨) اعتبارًا باللفظ.

(٩) اعتبارًا بالمعنى واللفظ لا يعارضه لأن كل سلم بيع.

أَوْ يَصْلُحُ، وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ اشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ[1] وَإِلَّا فَلَا[2].

وَيَصِحُّ حَالًّا وَمُؤَجَّلًا[3]، فَإِنْ أَطْلَقَ انْعَقَدَ حَالًّا[4]، وَقِيلَ: لا يَنْعَقِدُ[5].

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ[6]، فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوِ الرُّومِ جَازَ[7]، وَإِنْ أَطْلَقَ حُمِلَ عَلَى الهِلَالِيِّ[8]، فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حُسِبَ الْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ، وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ[9]، وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ[10].

---

(١) لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك.

(٢) ويتعين مكان العقد للتسليم نظرًا للعرف.

(٣) أما الحال فبقياس على المؤجل لأنه بعيد عن الغرر، وأما المؤجل فلآية المداينة السابقة، ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، وللإجماع على ذلك كما حكاه ابن المنذر في إجماعاته ص ٥٤ فقرة رقم ٤٩٥.

(٤) قياسًا على الثمن في البيع.

(٥) لأن المعتاد في السلم التأجيل فيحمل المطلق عليه، ويكون كما لو ذكر أجلاً مجهولاً.

(٦) للحديث السابق: «... إلى أجل معلوم».

(٧) لأنها معلومة مضبوطة.

(٨) لأنه عرف الشرع.

(٩) لأنه لما تعذر الهلالي في المنكسر رجعنا إلى العدد، ولا يكفي المنكسر لئلا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد.

(١٠) لتحقق الاسم به فيحلُّ بأول جزء منه.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ[١]، فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنِ اعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ[٢]، وَإِلَّا فَلَا[٣].

وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحَلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الأَظْهَرِ[٤]، فَيَتَخَيَّرُ المُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ[٥].

وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ المَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الأَصَحِّ[٦]، وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعًا[٧].

وَيَصِحُّ [1] المَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ[٨]، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعِ حِنْطَةٍ عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ[٩].

....

(1) خ ط: في المكيل.

---

(١) لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السَّلم فيه.

(٢) للقدرة عليه حينئذٍ عادة.

(٣) لعدم القدرة عليه.

(٤) لأن المسلم فيه يتعلق بالذمّة فأشبه إفلاس المشتري بالثمن، وهو لا يلغي العقد.

(٥) دفعًا للضرر.

(٦) لأن وقت وجوب التسليم لم يدخل.

(٧) لحديث ابن عباس السابق: «. . . من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

(٨) لأن المقصود هنا معرفة القدر وهو يحصل بالكيل أو الوزن.

(٩) لأنه يعز وجوده، فيكون الضرر فيه كبيرًا.

وَيُشْتَـرَطُ الْـوَزْنُ فِـي الْبِطِّيـخِ وَالْبَـاذِنْجَـانِ وَالْقِثَّـاءِ وَالسَّفَـرْجَـلِ وَالـرُّمَّـانِ (1) (١)، وَيَصِـحُّ(٢) فِـي الجَـوْزِ وَاللَّـوْزِ بِـالْـوَزْنِ فِـي نَـوْعٍ يَقِـلُّ اخْتِلَافُهُ (2) (٣)، وَكَذَا كَيْلًا فِي الأَصَحِّ(٤)، وَيُجْمَعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ(٥)، وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلًا (3) فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا(٦)، وَإِلَّا فَلَا فِي الأَصَحِّ(٧).

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِـحَّ(٨)، أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الأَصَحِّ(٩).

وَمَعْرِفَةُ الأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا(١٠)، وَذِكْـرُهَـا فِـي الْعَقْـدِ عَلَـى وَجْـهٍ لَا يُـؤَدِّي إِلَـى عِـزَّةِ الْـوُجُـودِ(١١)،

(1) خ ظ: بالتنكير في كل.

(2) خ ب: اختلاطه.

(3) خ ط والتحفة المغني والنهاية والسراج: مكيالاً.

---

(١) لأنها تتجافى في المكيال، ولا يكفي فيها العد لكثرة التفاوت.

(٢) أي السلم.

(٣) لسهولة الأمر فيه.

(٤) قياسًا على الحبوب والثمر.

(٥) لأنه يضرب اختيارًا فلا عزة فيه، ووزنه تقريب.

(٦) لأنه قد يتلف قبل المحل ففيه غرر، ويؤدي إلى اختلاف وتنازع.

(٧) ويلغو الشرط، لعدم الغرض فيه فيقوم غيره مقامه.

(٨) لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها فلا يحصل منه شيءٌ.

(٩) لأن ثمرها لا ينقطع غالبًا.

(١٠) لتقريبه من المعاينة، ولأن القيمة تختلف بسببها.

(١١) لأن السلم غرر فلا يصح فيما لا يوثق بتسليمه.

فـلَا يَصِـحُّ فيمَـا لَا يَنْضَبِـطُ مَقْصُـودُهُ كَـالمُخْتَلِـطِ المَقْصُـودِ الأَرْكَـانِ كَهَـرِيسَـةٍ، ومَعْـجُـونٍ، وَغَـالِيَـةٍ، وَخُـفٍّ، وَتِـرْيَـاقٍ مَخْلُـوطٍ[١]، وَالأَصَـحُّ صِحَّتُهُ فِي المُخْتَلِـطِ المُنْضَبِـطِ كَعِتَّـابِـيٍّ وَخزٍّ[٢]، وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْـدٍ[٣]، وَخَـلِّ تَمْـرٍ أَوْ زَبِيـبٍ[٤]، لَا الخُبْـزِ [1] فِـي الأَصَـحِّ عِنْـدَ الأَكْثَرِينَ[٥].

وَلَا يَصِـحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِـعِ الْعِزَّةِ[٦]، وَلَا فِيمَا لَوِ اسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ عزَّ وُجُودُه كاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ، وَالْيَوَاقِيتِ[٧] وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا[٨].

. . . .

(1) خ ط: لا خبز.

---

(١) لعدم انضباط أجزائها، إذ الغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور، والخف والنعل كل منهما على ظهارة وبطانة وحشو، والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوضاعها.

(٢) لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأجزاء، إذ العتابـي مركب من قطن وحرير، والخز مركب من إبريسم ووبر أو صوف.

(٣) لكون الملح والأنفحة من مصلحتهما، وأما الشهد وهو العسل في شمعه، فلكونه خلقته فأشبه التمر بنواه.

(٤) لكون الماء فيها من مصلحته.

(٥) لأن ملحه يقل ويكثر، وتأثير النار فيه غير منضبط.

(٦) لعدم الوثوق بتسليمه.

(٧) لأنه لا بد من التعرض للحجم والشكل والوزن والصفاء، واجتماع ما يذكر فيها من هذه الأوصاف نادر.

(٨) لندرة اجتماعهما مع الصفات المشترطة.

فَـرْعٌ

يَصِـحُّ فِي الْحَيَوَانِ[1] فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ، وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ، وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ، وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ، وَسِنِّهِ وَقَدِّهِ طُولاً وَقِصَرًا[2]، وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ[3].

وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمنِ (1) وَنَحْوِهِمَا فِي الأَصَحِّ[4]، وَفِي الإِبْـلِ وَالْخَيْـلِ وَالْبِغَـالِ وَالحَمِيـرِ الـذُّكُـورَةُ وَالأُنُـوثَـةُ، وَالسِّـنُّ وَاللَّـوْنُ

....

(1) خ ط: بالتنكير فيهما.

---

(١) لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن النبـي ﷺ أمره «أن يجهز جيشًا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة». أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة بـرقـم ٣٣٥٧، والحـاكـم فـي المستـدرك ٢/ ٥٦، والبيهقـي فـي الكبـرى ٥/ ٢٨٧، وأحمد في المسند ٢/ ١٧١، وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبـي، فهذا نص في الإبل وقيس عليه غيرها من بقية الحيوان.

ولحديث أبـي رافع رضي الله عنه أن النبـي ﷺ استلف من رجل بكرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فقال: لا أجد إلاَّ خيارًا رباعيًا فقال: «أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء»، أخرجه مسلم في المساقاة، باب من استلف شيئًا فقضى خيرًا منه برقم ١١٨ (١٦٠٠).

فإذا ثبت الحيوان في الذمة قرضًا فيقاس عليه السلم لأنه في معناه.

(٢) لاختلاف الغرض بها، فيؤدي إلى الاختلاف والتنازع.

(٣) لصعوبة التحديد في ذلك، فلو شرط ابن سبع مثلاً بلا زيادة ولا نقصان لم يصح لندرة ذلك.

(٤) لتسامح الناس بإهمالها عادة.

والنَّوْعُ[١]، وَفِي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الجُثَّةِ (1) [٢].

وَفِي اللَّحْمِ لَحْمُ بَقَرٍ، أَوْ ضَأْنٍ أَوْ مَعْزٍ ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَوْ ضِدِّهَا مِنْ فَخِذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ[٣]، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ[٤].

وَفِي الثِّيَابِ الْجِنْسُ وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ وَالصَّفَاقَةُ وَالرِّقَّةُ وَالنُّعُومَةُ وَالخُشُونَةُ (2) [٥]، وَمُطْلَقَهُ يُحْمَلُ عَلَى الخَامِ[٦].

وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ[٧]، وَمَا صُبِـغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ[٨]، وَالأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ[٩]. **قُلْتُ**: الأَصَحُّ مَنْعُهُ، وَبِهِ قَطَعَ الجُمْهُورُ[١٠]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

....

(1) خ ط: بالتنكير في الكل.

(2) خ ط: بالتنكير في الجمع.

---

(١) لاختلاف الغرض والقيمة بذلك.

(٢) لما تقدم من اختلاف الغرض والقيمة.

(٣) لاختلاف الغرض به.

(٤) لأنه كالنوى من التمر.

(٥) لاختلاف الغرض كذلك والقيمة.

(٦) لأنه الأصل، إذ القصر صفة زائدة.

(٧) لانضباطه، ولا يجوز في الملبوس لأنه لا ينضبط.

(٨) لا بعده، لأن الصبغ بعده يسد الفرج فلا تظهر معه الصفاقة بخلاف ما قبله، فإنه لا يؤثر.

(٩) قياسًا على الغزل المصبوغ.

(١٠) لأن الصبغ بعده يسد الفرج فلا تظهر معه الصفاقة أو الرقة.

مِنْهَا فِي قَالَب[١].

وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الجَوْدَةِ وَالرَدَاءَةِ فِي الأَصَحِّ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الجَيِّدِ[٢].

وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الأَصَحِّ[٣].

فَصْلٌ

لاَ يَصِحُّ أَنْ يَسْتَبْدِلَ عَنِ الْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرَ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ[٤]، وَقِيلَ: يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلاَ يَجِبُ [١] [٥]، وَيَجُوزُ أَرْدَأَ مِنَ المَشْرُوطِ[٦] وَلاَ يَجِبُ[٧]، وَيَجُوزُ أَجْوَدَ[٨]، وَيَجِبُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ[٩].

وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ المُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَض صَحِيحٍ بِأَنْ

....

(1) خ المغني والسراج: زيادة: قبوله.

---

(١) لانضباطها وعدم اختلافها.

(٢) لاقتضاء العرف ذلك.

(٣) ليرجع إليهما عند التنازع.

(٤) لأن الأول اعتياض عن السلم فيه وهو ممتنع، والثاني يشبه الاعتياض عنه فمنع كذلك.

(٥) لاختلاف الغرض باختلاف الأنواع.

(٦) لأنه من جنس حقه، فإذا تراضيا به كان مسامحًا بصفة.

(٧) لأنه دون حقه.

(٨) لحديث أبي رافع رضي الله عنه «. . . فإن خيار الناس أحسنهم قضاء»، وقد تقدم ص ٧٧.

(٩) لأن الامتناع منه عندئذٍ عناد، إذ زيادته غير متميزة، والظاهر أنه لم يجد غيره فخفَّ أمر المنَّة فيه وأجبر على قبوله.

كانَ حَيَوَانًا أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ لَمْ يُجْبَرْ[١]، وَإِلاَّ فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ أُجْبِرَ[٢]، وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الأَظْهَرِ[٣].

وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ المَحِلِّ فِي غَيرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ لَمْ يَلْزَمْهُ الأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ[٤]، وَلاَ يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ[٥]، وَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا[٦]، وَإِلاَّ فَالأَصَحُّ إِجْبَارُهُ[٧].

فَصْلٌ

الإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ[٨]، وَصِيغَتُهُ: أَقْرَضْتُكَ أَوْ أَسْلَفْتُكَ أَوْ خُذْهُ

---

(١) لتضرره بذلك، وإن كان للمؤدي غرض صحيح في التعجيل، إذ الضرر لا يزال بالضرر.

(٢) لأن امتناعه حينئذٍ محض تعنت.

(٣) لأن الأجل حق المدين وقد أسقطه فامتناعه من قبوله مع ذلك تعنت.

(٤) لتضرر المسلم إليه بذلك، بخلاف ما لا مؤنة لنقله كيسير نقد.

(٥) لامتناع الاستبدال عن المسلم فيه كما تقدم، لكن له الفسخ واسترداد رأس المال.

(٦) لتضرره بذلك.

(٧) لتحصل براءة الذمة، ولأن رفضه لذلك تعنت محض كما مر.

(٨) لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]، وقوله سبحانه: ﴿إِن تُقْرِضُواْ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَٰعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَٱللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ﴾ [التغابن: ١٧]، وغير ذلك من الآيات الكثيرة ولقوله ﷺ: «من نفَّس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة...». أخرجه مسلم في الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن برقم ٣٨ (٢٦٩٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. ولحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقرض الله مرتين =

بِمِثْلِهِ، أَوْ مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ.

وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ(١)، وَفِي المُقْرِضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ(٢).

وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ(٣) إِلاَّ الجَارِيَةَ (1) الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الأَظْهَرِ(٤)، وَمَا لاَ يُسْلَمُ فِيهِ لاَ يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الأَصَحِّ(٥).

وَيُرَدُّ المِثْلُ فِي المِثْلِيِّ(٦)، وفي المُتَقَوَّمِ المِثْلُ صُورَةً(٧)، وَقِيلَ:

. . . .

(1) خ ط: الإجارية.

= كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به». أخرجه ابن حبان في صحيحه ٧/ ٢٤٩ كما في الإحسان وابن ماجه في الصدقات، باب القرض برقم ٢٤٣٠، والبيهقي في الكبرى ٥/ ٢٥٢ ورجّح وقفه وضعَّفه البوصيري في مصباح الزجاجة ٢/ ٤٧ غير أن ضعفه ليس شديدًا، فيصح الاحتجاج به في هذا الباب كما هي قاعدة العمل بالحديث الضعيف في الفضائل، لا سيما أن له شواهد كثيرة كما بيَّنها الألباني في الإرواء ٥/ ٢٢٥ ــ ٢٢٩ ولذلك حسنه لأجلها.

(١) لأنه معاوضة، ولهذا اشترط فيه شروط البيع المتقدمة في العاقدين والصيغة.

(٢) لأن في القرض شائبة تبرع.

(٣) لصحة ثبوته في الذمَّة، ولما تقدم من اقتراضه ﷺ بكرًا فقيس عليه غيره.

(٤) لأنه ربما يطؤها ثم يستردها المقرض فيكون في معنى إعارة الجواري للوطء وهو ممتنع كما نقله مالك رحمه الله عن إجماع أهل المدينة.

(٥) لأن ما لا ينضبط أو يعز وجوده يتعذَّر أو يتعسَّر رد مثله، والواجب في المتقوم رد مثله صورة.

(٦) لأنه أقرب إلى حقه، ولو في نقد بطلت المعاملة به.

(٧) لحديث أبي رافع السابق أنه ﷺ استلف من رجل بكرًا فقدمت عليه إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع أبو رافع، وقال: لم أجد إلاَّ خيارًا =

الْقِيمَةُ[١]، وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الإِقْرَاضِ[٢].

وَلاَ يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَوْ [1] زِيَادَةٍ[٣]، فَلَوْ [2] رَدَّ هَكَذَا بِلاَ شَرْطٍ فَحَسَنٌ[٤]، وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ لَغَا الشَّرْطُ[٥]، والأَصَحّ أَنَّهُ لاَ يُفْسِدُ الْعَقْدَ[٦].

وَلَوْ شَرطَ أَجَلاً فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ عَرَضٌ[٧]، وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الأَصَحِّ[٨].

....

(1) خ ط: ولا.

(2) خ ط والتحفة المغني والسراج: ولو.

= رباعيًا، فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاءً»، ولأنه لو وجبت قيمته لافتقر إلى العلم بها.

(١) قياسًا على ما لو أتلف متقومًا.

(٢) لأنه محل التملُّك يوم المطالبة.

(٣) لأن كل قرض جر منفعة فهو ربًا، وقد كان السلف الصالح يكرهون الهدية ونحوها ممن استقرض منهم كما في سنن البيهقي الكبرى ٥/٣٤٩ ــ ٣٥٠ عن جماعة من الصحابة والتابعين.

(٤) للحديث السابق: «. . . إن خياركم أحسنكم قضاء».

(٥) لأنه وعد تبرّع لم يجب الوفاء به.

(٦) إذ ليس فيه جر منفعة للمقرض، بل هو خاسر في الأولى، والمنفعة لغيره في الثانية.

(٧) لارتفاق المستقرض بالأجل، فيصح العقد ولا يلزم الأجل على الصحيح؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف، لكن يندب الوفاء بالأجل.

(٨) لأن فيه جرَّ منفعة للمقرض، فيفسد العقد.

وَلَـهُ شَرْطُ رَهْـنٍ وَكَفِيـلٍ[1]، وَيَمْلِـكُ الْقَـرْضَ بِالْقَبْـضِ[2]، وَفِي قَـوْلٍ: بِـالتَّصَـرُّفِ[3]، وَلَـهُ الـرُّجُـوعُ فِـي عَيْنِـهِ مَـا دَامَ بَـاقِيًـا بِحَـالِـهِ فِـي الأَصَحِّ[4].

* * *

(١) لأنها توثيقات لا منافع زائدة، فله الفسخ إذا لم يوف المقترض بها.

(٢) قياسًا على الموهوب، إذ لولا ذلك لامتنع عليه التصرّف فيه.

(٣) رعاية لحق المقرض، لأن له الرجوع فيه ما بقي، فبالتصرف يتبيَّن حصول ملكية القبض.

(٤) لأن له طلب بدله عند فواته، فالمطالبة بعينه أولى لأنه أقرب منه.

كتاب الرَّهن[1]

لَا يَصِحُّ إلاَّ بِإِيْجَابٍ وَقَبُولٍ[2]، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ المُرْتَهَنِ بِهِ، أَوْ مَصْلَحَةٌ لِلْعِقْدِ كَالإِشْهَادِ، أَوْ مَا لا غَرَضَ فِيهِ صَحَّ العَقْدُ (1) [3].

وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ المُرْتَهِنَ بَطَلَ الرَّهْنُ[4]، وَإِنْ نَفَعَ المُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ بَطَلَ الشَّرْطُ[5]،

(1) سقطت كلمة: العقد، من خ ط.

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٣٨]، ولحديث عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ توفي ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعًا من شعير».
أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب برقم ٢٩١٦، ومسلم في المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر برقم ١٢٤ (١٦٠٣).

(٢) لأنه عقد مالي فافتقر إليهما كالبيع.

(٣) قياسًا على البيع ولغا الشرط الأخير إذ لا غرض له به.

(٤) لمنافاته لمقصوده.

(٥) لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط...». أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط في الولاء برقم ٢٧٢٩.

وكَذَا الرَّهْنُ فِي الأَظْهَرِ(١).

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ (1) زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ(٢)، وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ الْعَقْدُ(٣).

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ(٤)، فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ (2) (٥)، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ(٦).

وَشَرْطُ الرَّهْنِ كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الأَصَحِّ(٧).

(1) خ ط: أن ما يحدث من.

(2) خ ط: بالتنكير في كل.

(١) لمخالفته لمقتضى العقد كالشرط المضر بالمرتهن.

(٢) لأنها مجهولة معدومة.

(٣) لما تقدم من مخالفته مقتضى العقد.

(٤) قياسًا على البيع إذ هو عقد مالي فاشترط له ما ذكر.

(٥) لأنه يحبسه من غير عوض، وشرط التصرف في ماليهما الغبطة الظاهرة، فإن وجدت هنا كأن يشتري ما يساوي مائتين بمائة نسيئة ويرهن بها ما يساوى مائة جاز، وكذا لو كانت ضرورة كما لو اقترض لحاجة النفقة أو الكسوة فيرهن إلى أن يوفي من حلول دين أو نفاق متاع كساد أو إلى حصاد الثمر، فيجوز حينئذٍ كما أشار إليهما المؤلف.

(٦) للضرورة أو الغبطة.

(٧) ليتمكن من الاستيفاء منها عند تعذر الوفاء بالبيع ونحوه، فلا يصح رهن المنفعة ولا الدين لأنه غير مقدور عليهما.

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ[١] وَالأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسِهِ[٢]، وَعِنْدَ الحَاجَةِ يُبَاعَانِ، وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ[٣]، والأَصَحُّ أَنَّهُ تُقَوَّمُ الأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ.

وَرَهْنُ الجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا[٤]، وَرَهْنُ المُدَبَّرِ (1) وَمُعَلَّقِ العِتْقِ (2) بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى المَذْهَبِ[٥].

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ، فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ فَعَلَ[٦]، وَإِلَّا فَإِنْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ

....

(1) خ ط: بالتنكير في الكل.

(2) خ ط والتحفة المغني والسراج: والمعلق عتقه.

---

(١) قياسًا على بيعه، ويكون قبضه بقبض الجميع كما في البيع بالتخلية في غير المنقول، وبالنقل في المنقول، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك.

(٢) لأن الملك فيها باقٍ بخلاف البيع.

(٣) لحرمة بيع أحدهما دون الآخر كما علم من النهي السابق ص ٢٧.

(٤) وتقدم ص ١٠ أنه لا يصح بيع الجاني المتعلق برقبته مال، لتعلق حق المجني عليه به بخلاف ما لو تعلّق بذمته، إذ البيع أو الرهن إنما يردان على الرقبة ولا تعلق للراهن بها، وإذا صحَّ رهن الجاني فلا يكون مختارًا للفداء، لأن محل الجناية باقٍ في الرهن بخلافه في البيع.
وتقدَّم أنه يصح بيع المرتد، وإن ثبت للمشتري حق الرد بالعيب.

(٥) لفوات غرض الراهن بعتقه المحتمل قبل الحلول، أما المدبر فلاحتمال عتقه كل لحظة بموت سيده فجأة، ومثله المعلق عتقه بصفة، إذ يحتمل أن تتحقق الصفة قبل حلول الرهن فيكون فيه غرر ظاهر قد يفوت به حق صاحب الدين.

(٦) حفظًا للرهن، ومؤنته على المالك لأنه مجفِّفٌ له.

رَهْنًا صَحَّ[١]، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا[٢].

وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ[٣]، وَإِنْ أَطْلَقَ فَسَدَ فِي الأَظْهَرِ[٤].

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الأَجَلِ صَحَّ فِي الأَظْهَرِ[٥]، وَإِنْ رَهَنَ مَا لاَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ لَمْ يَنْفَسِخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ[٦].

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ[٧]، وَهُوَ فِي قَوْلٍ: عَارِيَةٌ[٨]، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ[٩]، فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ

---

(١) لانتفاء المحذور، وصح الشرط لشدة الحاجة إليه.

(٢) عملاً بالشرط وحفظًا للوثيقة.

(٣) لمنافاة الشرط مقصود التوثيق.

(٤) لتعذر استيفاء الحق من المرهون عند المحل لفساده قبله، والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن.

(٥) لأن الأصل عدم فساده قبل الحلول.

(٦) لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، إذ الدوام أقوى من الابتداء، ألا ترى أن بيع الآبق باطل، فلو أبق بعد البيع وقبل القبض لم ينفسخ. فيباع الرهن هنا عند تعذر تجفيفه قهرًا على الراهن إن امتنع، وقبض المرهون ويجعل ثمنه رهنًا.

(٧) حكى صاحب التحفة ٥/ ٦٠، وصاحب النهاية ٥/ ٢٤٤ الإجماع عليه، وذلك لأن الرهن توثق وهو يحصل بما لا يملكه، بدليل الإشهاد والكفالة.

(٨) لأنه قبضه بإذنه لينتفع به.

(٩) لأن الانتفاع هنا إنما يحصل بإهلاك العين ببيعها في الدين فهو منافٍ لوضع العارية.

الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ[١]، وَكَذَا المَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الأَصَحِّ[٢]، فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ فَلاَ ضَمَانَ[٣].

وَلاَ رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ المُرْتَهِنِ[٤]، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالاًّ رُوجِعَ المَالِكُ لِلْبَيْعِ[٥]، وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ ثُمَّ يَرْجِعُ المَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ[٦].

فَصْلٌ

شَرْطُ المَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا[٧] ثَابِتًا[٨] لاَزِمًا[٩]، فَلاَ يَصِحُّ بِالْعَيْنِ المَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ [1] فِي الأَصَحِّ[١٠] وَلاَ بِمَا سَيُقْرِضُهُ[١١]، وَلَوْ

....

(1) خ ط: بالتنكير في الكل.

---

(١) لاختلاف الأغراض بذلك كما في الضمان.

(٢) لاختلاف الأغراض بذلك أيضًا.

(٣) لأن المرتهن أمين، ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن.

(٤) إذ فائدة الرهن أن يستوثق بالعين المرهونة على ماله، وإلاَّ لغت فائدته.

(٥) لأنه قد يفدي ملكه، ولأن المالك لو رهن عن دين نفسه لوجبت مراجعته، فهنا أولى.

(٦) لأنه لم يقضِ من الدين غيره، زاد ما بيع به عن القيمة أو نقص عنها.

(٧) لأنه تعالى ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها.

(٨) لأن الرهن وثيقة حق فلا تقدم عليه كالشهادة.

(٩) إذ لا فائدة من الرهن إذا كان المديون يتمكن من إسقاط الدين.

(١٠) لأنها لا تستوفى من ثمن المرهون، فيدُوم حبسه إلى ما لا نهاية، وذلك مخالف لغرض الرهن من البيع عند الحاجة.

(١١) لأنه وثيقة حق فلا يقدم على الحق كما في الشهادة.

قَـالَ: أَقْـرَضْتُـكَ هَـذِهِ الـدَّرَاهِـمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَـا عَبْـدَكَ فَقَـالَ: اقْتَـرَضْـتُ وَرَهَنْتُ، أَوْ قَالَ: بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ (1) فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ صَحَّ فِي الأَصَحِّ(١).

وَلاَ يَصِـحُّ بِنُجُـومِ الْكِتَـابَـةِ وَلاَ بِجُعْـلِ الجَعَـالَـةِ قَبْـلَ الْفَـرَاغِ(٢)، وَقِيـلَ: يَجُـوزُ بَعْـدَ الشُّـرُوعِ(٣)، وَيَجُـوزُ بِـالثَّمَـنِ فِـي مُـدَّةِ الخِيَـارِ(٤)، وَبِـالـدَّيْـنِ رَهْـنٌ (2) بَعْـدَ رَهْـنٍ(٥)، وَلاَ يَجُـوزُ أَنْ يَـرْهَنَـهُ المَـرْهُـونَ عِنْـدَهُ بِـدَيْـنٍ آخَـرَ فِـي الجَـدِيـدِ(٦)، وَلاَ يَلْـزَمُ إِلاَّ بِقَبْضِـهِ(٧) مِمَّـنْ يَصِـحُّ عَقْـدُهُ وَتَجْـرِي فِيـهِ

....

(1) خ ط المغني والسراج: زيادة: به.

(2) خ ط: رهنًا.

---

(١) لأن شرط الرهن في ذلك جائز فمزجه أولى، إذ التوثيق فيه آكد لأنه قد لا يفي بالشرط.

(٢) لأن لهما فسخها متى شاءا، إذ الكتابة من العقود الجائزة للعبد وكذا للعامل في الجعالة، وللجاعل قبل الفراغ من العمل.

(٣) لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم غالبًا، كما في الثمن مدة الخيار الآتي ذكره.

(٤) لأنه آيل إلى اللزوم، مع أنه الأصل في وضعه، بخلاف جعل الجعالة.

(٥) لأنه زيادة في الوثيقة ويصيران كما لو رهنهما معًا.

(٦) وإن وَفَى بالدينين، لأنه قد انشغل برهن سابق، قياسًا على عدم جواز رهنه عند غير المرتهن.

(٧) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقياسًا على البيع إذ لا يلزم إلاَّ بالقبض، ولأنه عقد تبرع يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلاَّ بالقبض كالهبة والقرض.

النِّيَابَةُ[١]، لَكِنْ لاَ يَسْتَنِيبُ رَاهِنًا (أ) [٢] وَلاَ عَبْدَهُ[٣]، وَفِي المَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ[٤]، وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ[٥].

وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَوْ مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ[٦]، وَالأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ[٧] وَلاَ يُبْرِئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنِ الْغَصْبِ[٨]، وَيُبْرِئُهُ الإِيدَاعُ فِي الأَصَحِّ[٩].

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ القَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ[١٠] وَكِتَابَةٍ، وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الأَظْهَرِ[١١]،

....

(أ) خ ط المغني والسراج: الراهن.

---

(١) قياسًا على عقده.

(٢) لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض وهو غير جائز.

(٣) لأن يد عبده كيده، سواء كان مدبرًا أو مأذونًا له أو غيرهما.

(٤) أنه يجوز، لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب.

(٥) لاستقلاله باليد والتصرف كالأجنبي.

(٦) قياسًا على البيع؛ لأنه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفًا على هذا الزمان، إذ دوام اليد كابتداء القبض، وابتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن فيه.

(٧) لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن. ولم يقع تعرض للقبض عنه.

(٨) لأنه وإن كان عقد أمانة، فالغرض منه التوثيق وهو لا ينافي الضمان بدليل ما لو رهنه شيئًا فتعدى فيه فإنه لا يبطل الرهن.

(٩) لأنه محض ائتمان فينافيه الضمان، بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبقَ أمينًا.

(١٠) لتعلق حق الغير به.

(١١) لمنافاة ذلك لمقصود الرهن، إذ لا يستطيع أن يبيعه عند تعذر الوفاء.

وَبِإِحْبَالِهَا[١]، لَا الْوَطْءِ[٢] وَالتَّزْوِيجِ[٣].

وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ، لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ[٤].

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ[٥]، لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا يَنْفُذُ مِنَ الْمُوسِرِ وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا[٦]، وَإِن (1) لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ لَمْ يَنْفُذْ فِي الْأَصَحِّ[٧].

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالْإِعْتَاقِ[٨]، أَوْ بَعْدَهُ نَفَذَ

....

(1) خ التحفة والمغني: فإن لم. وخ السراج: فإذا لم.

---

(١) لامتناع بيعها كذلك.

(٢) لأنه استخدام وسيأتي دليل جوازه.

(٣) إذ لا تعلق له بمورد الرهن، بدليل جواز رَهن المزوَّج.

(٤) أما الموت فلأن مصير الرهن إلى اللزوم، فلا يتأثر بموته كالبيع في زمن الخيار فيقوم وارثه مقامه في الإقباض، ووارث المرتهن مقامه في القبض.
وأما الإغماء والجنون فقياسًا على الموت بل أولى.

(٥) لأنه لو صح لفاتت الوثيقة.

(٦) نظرًا لتشوف الشارع إلى العتق، مع بقاء حق التوثق بغرم القيمة في المؤجل مطلقًا، وفي الحال إذا كانت هي الأقل.

(٧) لأنه أعتقه وهو لا يملك إعتاقه، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال الحجر.

(٨) فيفرق بين الموسر وغيره كما مر، لأن التعليق مع وجود الصفة كالتنجيز.

عَلَى الصَّحِيحِ[١]، وَلاَ رَهْنُهُ لَغَيْرِهِ[٢]، وَلاَ التَّزْوِيجُ[٣] وَلاَ الإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالاًّ أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا[٤]، وَلاَ الْوَطْءُ[٥]، فَإِنْ وَطِىءَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ[٦]، وَفِي نُفُوذِ الاِسْتِيلاَدِ أَقْوَالُ الإِعْتَاقِ[٧]، فَإِنْ لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ نَفَذَ فِي الأَصَحِّ[٨]، فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلاَدَةِ غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الأَصَحِّ[٩].

وَلَهُ[١٠] كُلُّ انْتِفَاعٍ لاَ يَنْقُصُهُ كالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى[١١]، لاَ الْبِنَاءُ

---

(١) لأنه لا يبطل به حق أحد، ولا عبرة بحالة التعليق لأنه بمجرده لا ضرر فيه.

(٢) لمزاحمته حق الأول فيفوت مقصود الرهن، إلاَّ إذا أذن المرتهن فيجوز.

(٣) لأنه ينقص القيمة ويقلل الرغبة فيه، وسواء في العبد والأمة، والخليَّة عند الرهن والمزوجة، فإن زوج فالنكاح باطل لأنه ممنوع قياسًا على البيع.

(٤) لأنها تقلل الرغبة فيه عند الحاجة إلى البيع، وتنقص قيمته.

(٥) لما فيه من النقص في البكر، وخوف الإحبال فيمن تحبل وحسمًا للباب.

(٦) لأنها علقت به في ملكه، وعليه أرش البكارة يقضيه من الدين أو يجعله رهنًا.

(٧) السابقة، أظهرها ينفذ من الموسر دون المعسر، فيلزمه قيمتها وتكون رهنًا مكانها.

(٨) لأنه إنما منع حكمه في الحال رعاية لحق الغير، فإذا زال حق الغير ثبت حكمه بدليل ما لو بيعت في الرهن ثم ملكها فإنه ينفذ إيلادها، بخلاف نظيره في الإعتاق لأنه قول يقتضي العتق في الحال فإذا رد لغا.

(٩) لأنه تسبب في هلاكها بالإحبال من غير استحقاق.

(١٠) أي: الراهن.

(١١) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة». أخرجه البخاري في الرهن، بابٌ الرهنُ مركوب ومحلوب برقم ٢٥١٢، وفي رواية له عنده: «الرهن يركب بنفقته ويشرب لبن الدر إذا كان مرهونًا»، ولحديثه أيضًا قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرهن ممن رهنه له غُنُمه وعليه =

وَالْغِرَاسُ[١]، فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ الأَجَلِ[٢] وَبعْدَهُ يَقْلَعُ [1] إِنْ لَمْ تَفِ الأَرْضُ بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ[٣]، ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَ الانْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ[٤] وَإِلاَّ فَيَسْتَرِدُّ[٥]، وَيُشْهِدُ إِنِ اتَّهَمَهُ[٦]، وَلَهُ بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ[٧].

....

(1) سقطت كلمة: يقلع من خ المغني والسراج.

= غُرمه». أخرجه ابن حبان ٧/ ٥٧٠ من الإحسان، والحاكم في المستدرك ٢/ ٥١، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. والشافعي في الأم ٣/ ١٦٧.
والمعنى: لا يستحقه المرتهن إذا لم يفكه صاحبه كما كان في الجاهلية.
وفي رواية للشافعي في الأم ٣/ ١٦٧ من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً، «الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» وهي مفسرة للروايات السابقة وقيس على ما ذكر غيره.

(١) لأنهما ينقصان قيمة الأرض، إلاَّ إذا كان الدين مؤجلاً وقال: افعل واقلع عند الحلول، فله ذلك إن لم ينقص القلع القيمة ولا طالت مدته زمنًا له أجرة.

(٢) لتحقق ضرر قلعه الآن، مع إمكان أداء الدين من غيره أو وفاء قيمة الأرض به.

(٣) لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة، وذلك إذا لم يأذن الراهن في بيعه مع الأرض ولم يحجر عليه بفلس، أما إذا وفت الأرض به، أو لم تزد بالقلع، أو حجر عليه بفلس أو أذن الراهن فيما ذكر، ولم تكن قيمة الأرض بيضاء أكثر من قيمتها مع ما فيها، فلا يقلع، بل يباع معها ويوزع الثمن عليهما، ويحسب النقص عليه.

(٤) لأنه لا ضرورة إليه.

(٥) للحاجة إلى ذلك، جمعًا بين الحقين.

(٦) لئلا يجحد الرهن، فيثبت عليه بشاهدين أو شاهد وامرأتين إلاَّ إذا كان مشهورًا بالخيانة فلا يسلم له وإن أشهد، أما غير المتهم وهو من ثبتت عدالته فلا يلزمه إشهاد أصلاً.

(٧) لأن المنع كان لحقه، وقد زال بإذنه.

ولَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ(١)، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلاً بِرُجُوعِهِ فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَهُ(٢)، وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ المُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ(٣)، وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الأَظْهَرِ(٤).

فَصْلٌ

إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ(٥) وَلاَ تَزَالُ [1] إِلاَّ لِلانْتِفَاعِ(٦) كَمَا سَبَقَ، وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ(٧)، أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَوْ الانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ(٨)، وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا الانْفِرَادُ فِي الأَصَحِّ(٩).

وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فُسِّقَ جَعَلاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ(١٠)، وَإِنْ تَشَاحَّا

....

(1) خ س: ولا يزال.

---

(١) لأن حقه باق، قياسًا على المالك إذ له أن يرجع قبل أن يتصرف الوكيل.

(٢) وسيأتي في بابه ص ١٧١ أن الأصح عدم النفوذ لانعزاله في الحال.

(٣) لفساد الإذن بشرط التعجيل.

(٤) لفساد الشرط بجهالة الثمن عند الإذن.

(٥) لأنها الركن الأعظم في التوثق، فلا تزال إلاَّ للانتفاع.

(٦) لأن مالكه أحق بمنفعته كما تقدم، له غنمه وعليه غرمه.

(٧) لأن كلاًّ قد لا يثق بصاحبه فيتولى الحفظ والقبض العدل الأجنبي.

(٨) أنه يتبع فيه الشرط الذي التزماه.

(٩) لعدم الرضا بيد أحدهما على الانفراد فيجعلانه في حرزهما، وإلاَّ ضمن من انفرد به إن لم يسلمه له صاحبه، وإلاَّ اشتركا في ضمان النصف.

(١٠) عملاً برضاهما سواء كان عدلاً أم فاسقًا.

وَضَعَهُ الحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ[١].

وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ المَرْهُونِ عِنْدَ الحَاجَةِ[٢]، وَيُقَدَّمُ المُرْتَهنُ بِثَمَنِهِ[٣] وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ[٤]، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ قَالَ لَهُ الحَاكِمُ: تَأْذَنُ أَوْ تُبْرِىءُ[٥]، فَلَوْ (1) طَلَبَ المُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ[٦]، فَإِنْ أَصَرَّ بَاعَهُ الحَاكِمُ[٧].

وَلَوْ بَاعَهُ المُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ[٨] وَإِلاَّ فَلاَ[٩]، وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ[١٠].

وَلاَ يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الأَصَحِّ[١١]، فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ المُرْتَهِنُ[١٢]، وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ

....

(1) خ ط ونسخ الشروح: ولو.

---

(١) قطعًا للنزاع. (٢) لأن ذلك هو فائدة الرهن.

(٣) لتعلق حقه به وبالذمة، بخلاف بقية الغرماء فإن حقهم مرسل.

(٤) لأن الحق له.

(٥) دفعًا لضرر الراهن.

(٦) ليوفي منه؛ لأن الرهن لم يجعل إلاَّ لذلك.

(٧) وقضى الدَّين من ثمنه، دفعًا لضرر المرتهن.

(٨) إذ لا تهمة فيه مع مشاهدته، ورضاه.

(٩) لأنه يبيعه لغرض نفسه، فيتهم في الغِيبَة بالاستعجال وترك التحفظ دون الحضور.

(١٠) إذ لا محذور فيه، وهو بعيد عن التهمة.

(١١) لأن الأصل بقاء الإذن الأول، حيث لم يقم ما ينقضه، عملاً بقاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

(١٢) لبقائه بملكه، والعدل إنما هو نائبه فيده كيده.

ثُمَّ اسْتَحَقَّ المَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ المُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى العَدْلِ[١]، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ[٢] وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ[٣].

وَلاَ يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلاَّ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاًّ مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ[٤]، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ[٥].

وَمُؤْنَةُ المَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ[٦]، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ المُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ[٧]، وَلاَ يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ المَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ[٨]، وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ[٩]، وَلاَ يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ[١٠].

---

(١) لوضع يده عليه، ما لم يكن نائب الحاكم لإذنه له في البيع لنحو غيبة الراهن.

(٢) لإلجائه المشترى شرعًا إلى التسليم للعدل بحكم توكيله.

(٣) أي الراهن للعلة السابقة، فيرجع العدل بعد غرمه عليه.

(٤) قياسًا على الوكيل، فإن أخل بشيءٍ من هذه الشروط لم يصح البيع.

(٥) للغبطة الظاهرة في ذلك، ولو باعه ابتداء من غير فسخ صح وكان فسخًا، وهو أولى وأحوط لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب.

(٦) حكى ابن حجر في التحفة ٥/ ٨٧، والرملي ٥/ ٢٧٩ الإجماع عليه، وقال ابن حجر: إلاَّ ما شذ به الحسن البصري، وذلك لخبر البخاري السابق: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة».

(٧) حفظًا للوثيقة.

(٨) حفظًا لملكه، ولأن فيه مصلحة، وقلما يتولد منه ضرر.

(٩) لحديث أبي هريرة السابق: «لا يغلق الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»، ومعنى لا يغلق لا يستغلق بحيث لا يعود إلى الراهن، بل متى أدى الحق المرهون به، افتكَّ وعاد إلى الراهن»، حكاه البغوي في شرح السنَّة ٨/ ١٨٥.

(١٠) للخبر السابق، وقياسًا على موت الكفيل، فإنه لا يضيع به الحق، بجامع التوثق في كل ولأنه لو سقط بتلفه لكان تضييعًا له.

وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ(١)، وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ المَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الحُلُولِ فَسَدَا (1) (٢)، وَهُوَ قَبْلَ المَحِلِّ أَمَانَةٌ(٣)، وَيُصَدَّقُ المُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ(٤)، وَلاَ يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ(٥).

وَلَوْ وَطِىءَ المُرْتَهِنُ المَرْهُونَةَ بِلاَ شُبْهَةٍ فَزَانٍ(٦)، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ جَهِلتُ تَحْرِيمَهُ إِلاَّ أَنْ يَقْرُبَ إِسْلاَمُهُ أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ(٧)،

....

(1) خ ب والمغني والسراج: فسد، بغير ألف التثنية.

---

(١) لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والإعارة؛ ففاسده أولى، أو عدمه كالرهن والهبة من غير ثواب والعين المستأجرة ففاسده كذلك، لأن واضع اليد أثبتها بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضمانًا.

(٢) أما البيع فلتعليقه، وأما الرهن فلتأقيته، لأنهما شرطا ارتفاعه بالحلول فلو لم يؤقت بأن قال: رهنتك وإذا لم أقضِ عند الحلول فهو مبيع منك، كان الفاسد البيع وحده دون الرهن لأنه لم يُشرط فيه شيء.

(٣) لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد، وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد.

(٤) لأن ذلك هو مقتضى الأمانة، وهذا حيث لا تفريط، وحيث لم يذكر سببًا له، وإلاَّ ففيه تفصيل سيأتي في الوديعة ص ٣٨٢ ــ ٣٨٦.

(٥) لأنه قبضه لغرض نفسه كالمستعير.

(٦) إذ المرتهن لا يملك الانتفاع، فيجب عليه الحد، ويجب المهر إن أكرهها بخلاف ما إذا طاوعته.

(٧) إذ قد يخفى عليهما هذا الحكم، فيدرأ الحد عنهما للجهل، ويجب المهر، ولكن حديث عهد بإسلام شرط أن لا يكون مخالطًا لنا بحيث لا يخفى عليه ذلك.

وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الأَصَحِّ[1] فَلاَ حَدَّ[2]، وَيَجِبُ المَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا[3]، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ[4]، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ[5].

وَلَوْ أَتْلَفَ المَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا[6]، وَالخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ[7]، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ المُرْتَهِنُ فِي الأَصَحِّ[8]، وَلَوْ (1) وَجَبَ قِصَاصٌ اقْتَصَّ الرَّاهِنُ وَفَاتَ الرَّهْنُ[9]، فَإِنْ وَجَبَ المالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ خَطَأٍ لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ[10]، وَلاَ إِبْرَاءُ المُرْتَهِنِ الجَانِي[11].

....

(1) خ ط ونسخ الشروح: فلو.

---

(١) إذ قد يخفى التحريم مع الإذن حيث كان مثله يجهل ذلك، ولا يغتر بما روى عن عطاء فإنه مكذوب عليه، وبفرض صحته فهي شبهة ضعيفة.

(٢) لشبهة الجهل.

(٣) وكذا لو جهلت التحريم، أو عذرت بنحو نوم، لأنه لحق الشرع، كما يجب للمفوضة بالدخول، أما إذا طاوعته غير معذورة فلا مهر لها.

(٤) لأن الشبهة كما تدرأ الحد فكذلك تثبت النسب والحرية.

(٥) لأنه فوت رقه عليه.

(٦) لقيامه مقامه، ويجعل من كان الأصل في يده، ولا يحتاج إلى إنشاء رهن، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

(٧) لأنه المالك للرقبة والمنفعة، وقياسًا على المؤجر والمعير والمودع.

(٨) لأنه غير مالك، كما لا يخاصم مستأجر ومستعير.

(٩) لفوات محله بلا بدل.

(١٠) لتعلق حق المرتهن به.

(١١) لأنه ليس بمالك، ولا يسقط بإبرائه حقه من الوثيقة.

وَلاَ يَسْرِي الرَّهْنُ إِلى زِيَادَتِهِ [1] المُنْفَصِلَةِ كَثَمَرٍ [2] وَوَلَدٍ(١)، فَلَوْ رَهَنَ حَامِلاً وَحَلَّ الأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ(٢)، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا فِي الأَظْهَرِ(٣)، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ، فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الأَظْهَرِ(٤).

فَصْلٌ

جَنَى المَرْهُونُ قُدِّمَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ(٥)، فَإِنِ اقْتَصَّ أَوْ بِيعَ لَهُ بَطَلَ الرَّهْنُ(٦)، وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ بَطَلَ(٧)، وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا(٨).

وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَاقْتَصَّ بَطَلَ الرَّهْنَانِ(٩)، وَإِنْ

....

(1) خ ط: زيادة.

(2) خ ط والتحفة المغني والسراج: كثمرة.

---

(١) لأنها أجنبية عنه، ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يسري إلى زياداته المنفصلة كالإجارة، بخلاف المتصلة فإنها تتبع الأصل.

(٢) لأن الحمل إما أن يكون معلومًا عند الرهن فيكون رهنًا معها، وإما أن لا يكون معلومًا فهو صفة تابعة.

(٣) بناءً على أن الحمل يعلم فيكون رهنًا كما مرّ.

(٤) لحدوثه بعده، فهو بمنزلة المنفصل لأنه يعلم كما مر.

(٥) لأن حقه متعين في الرقبة بخلاف حق المرتهن لتعلقه بالذمّة.

(٦) لفوات محله، فلو عاد البيع إلى ملك الراهن لم يكن رهنًا.

(٧) لفوات محله بلا بدل.

(٨) لأن السيد لا يثبت له على عبده مال، فيبقى رهنًا كما كان.

(٩) لفوات محلهما.

وجَبَ مَالٌ تَعلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ[1]، فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ[2]، وَقِيلَ يَصِيرُ رَهْنًا[3]، فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْص بِدَيْنٍ وَاحِدٍ نَقَصَتِ الوَثِيقَةُ[4]، أَوْ بِدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقِلَتْ[5].

وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ بَطَلَ[6]، وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ[7] وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ[8]، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ[9].

وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِىءَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ[10]، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِىءَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُهُ[11].

---

(١) لأن السيد لو أتلف الرهن غرم قيمته للمرتهن، فإذا أتلفه عبده كان تعلق الغرم به أولى.

(٢) لأن حق مرتهن القتيل في مالية العبد القاتل لا في عينه.

(٣) فلا يباع، إذ لا فائدة في البيع حيث كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها ورد بأن حق المرتهن في ماليته لا في عينه كما تقدم.

(٤) قياسًا على ما لو مات أحدهما، حيث لا جابر.

(٥) بأن يباع القاتل ويقام ثمنه رهنًا مكان القتيل.

(٦) لفواته بلا بدل.

(٧) لجوازه من جهته إذ الحق له، دون الراهن.

(٨) بأي وجه كان الإبراء، قضاء أو إبراء أو حوالة.. إذ لا سبيل إلى التوثق بعدئذٍ.

(٩) بالإجماع كما حكاه الرملي ٥/٢٩٥، وابن حجر ٥/١٠٠ لأنه وثيقة لجميع أجزاء الدين.

(١٠) لتعدد الصفقة بتعدد العقد.

(١١) لتعدد من عليه الدين، فالصفقة متعددة بتعدد العاقد.

فَـصْـلٌ

اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ[١] إِنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ[٢]، وَإِنْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا[٣]، وَلَوِ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِائَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ المُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ[٤]، وَالْقَوْلُ فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ[٥]، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ المُصَدِّقِ عَلَيْهِ[٦].

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَوْ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ غَصَبْتَهُ صُدِّقَ (1) بِيَمِينِهِ[٧]، وَكَذَا إِنْ قَالَ أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَى فِي الأَصَحِّ[٨].

وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ فَلَهُ تَحْلِيفُهُ[٩]،

....

(1) خ المغني والسراج: صدق الراهن.

---

(١) لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن.

(٢) بمعنى أنه لم يشرط في البيع.

(٣) لرجوع الاختلاف حينئذٍ إلى كيفية عقد البيع، وقياسًا على سائر صور البيع عند الاختلاف.

(٤) مؤاخذة له بإقراره.

(٥) لأنه ينكر أصل الرهن.

(٦) إذ لا تهمة، حيث لا يجلب لنفسه نفعًا ولا يرفع ضرًا.

(٧) لأن الأصل عدم لزوم الرهن، وعدم إذنه في القبض.

(٨) لأن الأصل عدم ما ادعاه المرتهن.

(٩) رجاء أن يقر المرتهن عند عرض اليمين عليه بعدم القبض، أو ينكل عنها فيحلف الراهن ويثبت عدم القبض.

وَقِيلَ: لاَ يُحَلِّفُهُ إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلاً، كَقَوْلِهِ أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ[١].

وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: جَنَى الْمَرْهُونُ وَأَنْكَرَ الآخَرُ صُدِّقَ الْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ[٢]، وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَالأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ[٣]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ[٤]، وَأَنَّهُ يَغْرَمُ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ[٥]، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ[٦]، لاَ عَلَى الرَّاهِنِ[٧]، فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ[٨].

وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الإِذْنِ وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: بَعْدَهُ، فَالأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ[٩].

---

(١) لأنه إذا لم يذكر تأويلاً يكون مكذبًا لدعواه بإقراره السابق. والقبالة بفتح القاف والباء الموحدة، الورقة التي يكتب فيها الحق المقر به.

(٢) لأن الأصل عدم الجناية وبقاء الرهن.

(٣) صيانة لحقه، فيحلف على نفي العلم، لأن الراهن قد يواطىء مدعي الجناية لغرض إبطال الرهن.

(٤) لأنه حال بينه وبين حقه برهنه.

(٥) قياسًا على جناية أم الولد بجامع امتناع البيع.

(٦) لأن الحق له.

(٧) لأنه لا يدعي لنفسه شيئًا.

(٨) لثبوتها باليمين المردودة، إن استغرقت قيمته، وإلاَّ بيع منه بقدرها.

(٩) بيمينه؛ لأن الأصل عدم رجوعه في الوقت الذي يدعيه، والأصل عدم بيع الرهن في الوقت الذي يدعيه، فيتعارضان، ويبقى أصل استمرار الرهن.

وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّى أَلْفًا وَقَالَ: أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدِّقَ (1) (١)، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ(٢)، وَقِيلَ: يُقَسَّطُ(٣).

فَصْلٌ

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ (2) بِالْمَرْهُونِ(٤)، وَفِي قَوْلٍ: كَتَعَلُّقِ الأَرْشِ بِالجَانِي (3) (٥)، فَعَلَى الأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ المُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الأَصَحِّ(٦).

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلاَ دَيْنَ ظَاهِرٌ فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ

....

(1) خ المغني والسراج: بيمينه.
(2) خ ط: تعلق المرهون.
(3) خ ط: تعلق أرش جان.

---

(١) لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه، سواء اختلفا في نيته أم لفظه فالعبرة في جهة الأداء بقصد المؤدى.
(٢) لأن التعيين إليه ولم يوجد حالة الدفع، كما في زكاة المالين الحاضر والغائب، فإن مات قبل التعيين قام وارثه مقامه.
(٣) لانتفاء أولوية أحدهما على الآخر.
(٤) لأنه أحوط للميت، إذ يمتنع على هذا القول تصرف الوارث جزمًا حتى يقضي دينه لتبدأ بذلك ذمته، وإلاَّ بقي محبوسًا بدينه.
بخلاف تعلقه بالتركة تعلق الجناية فإن فيه خلافًا سبق بيانه في البيع ص ٤٢.
(٥) لأنه ثبت من غير اختيار المالك.
(٦) مراعاة لبراءة ذمة الميت، ولأن ما تعلق بالحقوق لا يختلف بالعلم والجهل.

فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ(١) لَكِنْ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ فَسَخَ(٢).

وَلاَ خِلاَفَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ(٣)، وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لاَ يَمْنَعُ الإِرْثَ(٤)، فَلاَ يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَالْكَسْبِ وَالنَّتَاجِ (1) (٥).

* * *

....

(1) خ ط المغني والسراج: ككسب ونتاج بالتنكير. وخ السراج زيادة: والله أعلم، وهي خطأ تخالف منهج الكتاب، إذ تعني أنها خاتمة لزيادة المؤلف، وليس هنا للمؤلف زيادة.

---

(١) لأنه كان سائغًا له ظاهرًا وباطنًا.

(٢) ليصل المستحق إلى حقه.

(٣) لأن المورث الذي هو خليفته كان له ذلك، فكذلك الوارث.

(٤) لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون والمجني عليه بالجاني، وذلك لا يمنع الإرث فكذا هنا.

(٥) لأنها حدثت في ملك الوارث.

كتاب التفليس

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ(١) بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ(٢)، وَلاَ حَجْرَ بِالْمُؤَجَّلِ(٣)، وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ لَمْ يَحِلَّ الْمُؤَجَّلُ (1) فِي الأَظْهَرِ(٤).

وَلَوْ (2) كَانَتِ الدُّيُونُ بِقَدْرِ المَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلاَ

....

(1) خ ط: مؤجَّل.

(2) خ ط: وإذا.

---

(١) لحديث كعب بن مالك رضي الله عنه «أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه».
أخرجه الحاكم في المستدرك ٥٨/٢، وصححه على شرط الشيخين، وأقره الذهبي. وأخرجه البيهقي في الكبرى ٤٨/٦.
وفي رواية له «أنه أتى النبي ﷺ ليكلم غرماءه، ففعل فلم يضعوا له شيئًا، فلو تُرك لأحدٍ بكلامِ أحدٍ لترك لمعاذ بكلام رسول الله ﷺ، قال: فدعاه النبي ﷺ فلم يبرح من أن باع ماله وقسمه بين غرمائه، فقام معاذ ولا مال له».

(٢) للحديث السابق، ولئلا يخصّ بعضهم بالوفاء فيتضرر الباقون.

(٣) لأنه لا يطالب به في الحال أو مطلقًا.

(٤) لبقاء الذمة بحالها بخلاف الموت فإنه به يسقط الأجل، ولأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه.

حَجْر[١]، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ[٢].

وَلاَ يُحْجَرُ [1] بِغَيْرِ طَلَبٍ[٣] فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حَجَرَ[٤]، وَإِلاَّ فَلاَ[٥]، وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ المُفْلِسِ فِي الأَصَحِّ[٦]، فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ[٧]، وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحْذَرَ.

وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ نَفَذَ وَإِلاَّ لَغَا، وَالأَظْهَرُ بُطْلاَنُهُ[٨].

فَلَوْ [2] بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الأَصَحِّ[٩]، وَلَوْ [3] بَاعَ

(1) خ ط: ولا حجر.

(2) خ ط: ولو.

(3) خ ط والتحفة والنهاية: فلو.

(١) لعدم الحاجة إليه، بل يُلزمه الحاكم بقضاء الدين، فإن أبى تولَّى بيع ماله أو أكرهه إلى أن يبيعه.

(٢) لتمكنهم من المطالبة في الحال.

(٣) لأنه لمصلحتهم وهم أصحاب نظر لأنفسهم فلا يفتات عليهم.

(٤) لوجود شرط الحجر، ولا يختص أثر الحجر بالملتمس بل يعمهم.

(٥) لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة به إلى طلب الحجر.

(٦) لأن له فيه غرضًا ظاهرًا، وهو صرف ماله إلى ديونه، حذرًا من فجأة الموت، فلا يحبس بدينه.

(٧) ليحصل الغرض المقصود من الحجر، فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم ولا يزاحمهم فيه دين حادث.

(٨) لتعلق حق الغرماء به كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر قياسًا على السفيه.

(٩) لأن الحجر يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر.

سَلَمًا أَوِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ(١)، وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخَلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ(٢).

وَلَوْ (1) أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَو دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الحَجْرِ فَالأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ(٣)، وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ(٤)، وَإِنْ قَالَ عَنْ جِنَايَةٍ قُبِلَ فِي الأَصَحِّ(٥).

وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ(٦)، وَالأَصَحُّ تَعَدِّي الحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالِاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ (2)

....

(1) خ ط: فلو.

(2) خ ط: بالتنكير في الثلاثة.

---

(١) إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

(٢) لأنه لا يتعلق بهذه الأشياء مال.

(٣) قياسًا على ما لو ثبت بالبينة، وكإقرار المريض بدين يزاحم غرماء الصحة ولانتفاء التهمة الظاهرة، إذ الضرر في حقه أكثر منه في حقهم.

(٤) لتقصير معامله، ولأن الإطلاق ينزل على أقل المراتب وهو دين المعاملة، فلا يزاحمهم لذلك بل يطالب بعد فك الحجر.

(٥) لعدم تفريط المقر له، فيزاحمهم. ومثله ما حدث بعد الحجر وتقدم سببه عليه كانهدام ما آجره قبل إفلاسه.

(٦) لأنه ليس تصرفًا مبتدأ بل من أحكام البيع السابق، والحجر لا ينعطف على ما مضى، ولأنه أحظ له وللغرماء، وإنما لم يجب على المعتمد لأنه لا يلزم الاكتساب، وهذا بخلاف الولي فإنه يلزمه الرد مطلقًا لأنه يلزمه رعاية الأحظ لموليه.

إِنْ صَحَّحْنَاهُ[1]، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الحَالَ[2]، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ[3]، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ التَّعَلُّقُ بِهَا لاَ يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ[4].

فَصْلٌ

يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ[5]،

---

(١) وهو الراجح؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها، وذلك لا يختص بالموجود.

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد الرجل متاعه بعينه فهو أحق به». وفي رواية: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره». أخرجه البخاري في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع... برقم ٢٤٠٢، ومسلم في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه برقم ٢٢ (١٥٥٩).

(٣) لانتفاء تقصيره، إذ الإفلاس كالعيب، فيفرق فيه بين العلم والجهل.

(٤) لأنه دين حادث بعد الحجر، برضا مستحقه، فلا يزاحم الغرماء الأولين بل إن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلاَّ انتظر اليسار.

(٥) لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «أعتق رجل غلامًا له عن دبر فقال النبي ﷺ: «من يشتريه مني، فاشتراه نُعيم بن عبد الله، فأخذ ثمنه فدفعه إليه».

أخرجه البخاري في الاستقراض، باب من باع مال المفلس أو المعدم برقم ٢٤٠٣.

وإنما يبادر بذلك لئلا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذمته وإيصال الحق لذويه ولكن لا يفرط في الاستعجال لئلا يطمع فيه بثمن بخس.

ويُقَدِّمُ ما يَخَافُ فَسادَهُ[١]، ثُمَّ الحَيَوَانَ[٢] ثُمَّ المَنْقُولَ[٣] ثُمَّ الْعَقَارَ[٤]: وَلْيَبِعْ بِحَضْرَةِ المُفْلِس وَغُرَمَائِهِ[٥] كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ[٦] بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ[٧].

ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلاَّ بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى[٨]، وَإِنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إِلَيْهِ إِلاَّ فِي السَّلَمِ[٩].

وَلاَ يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ[١٠] وَمَا قَبَضَهُ قَسَّمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ[١١] إِلاَّ أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرَهُ لِيَجْتَمِعَ[١٢].

---

(١) لئلا يفسد فتضيع ماليتُه.

(٢) لحاجته إلى النفقة وتعرضه للتلف.

(٣) لما يخشى عليه من الضياع والسرقة.

(٤) إنما أخر لأنه يؤمن عليه الهلاك والسرقة.

(٥) لأن ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب، ولأن المفلس يبين ما في ماله من العيوب حتى لا يرد، وما فيه من صفة مطلوبة فيرغب فيه، ولأنه أعرف بثمن مثاله فلا يلحقه غبن، ولأن الغرماء قد يزيدون في السِّلعة.

(٦) لأن طالبيه فيه أكثر، والتهمة فيه أبعد.

(٧) لأن المصلحة فيه، وهذا تصرف للغير فتجب فيه مراعاة المصلحة.

(٨) لأنه واجبه.

(٩) لامتناع الاعتياض عنه كما تقدم في بابه ص ٨٠.

(١٠) احتياطًا؛ لأنه يتصرف عن غيره، فإن فعل أثم وضمن قيمة المبيع كما في الوكيل.

(١١) مسارعة في براءة ذمّته، وإيصال الحق لأهله، وتكون القسمة بنسبة ديونهم.

(١٢) دفعًا للمشقة، يفعل ذلك وإن أبى الغرماء.

وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ(١)، فَلَوْ قَسَّمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالحِصَّةِ(٢)، وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ(٣).

وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ(٤)، وَإِنِ اسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الحَاكِمُ قُدِّمَ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ(٥)، وَفِي قَوْلٍ: يُحَاصُّ الْغُرَمَاءَ(٦)، وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يُقَسَّمَ مَالُهُ(٧) إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ(٨)، وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الأَصَحِّ، وَإِنِ احْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ (1) وَمَنْصِبِهِ(٩).

وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ(١٠)، وَهُوَ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ

....

(1) خ ط: أو.

---

(١) لأن الحجر يشتهر، فلو كان ثمّة غريم لظهر وطلب حقه.

(٢) لحصول المقصود بذلك.

(٣) قياسًا على ما لو اقتسمت الورثة ثم ظهر وارث آخر.

(٤) لثبوته قبل الحجر، فيقاسم المشتري الغرماء بلا نقض للقسمة على المعتمد.

(٥) رعاية لمصلحتهم لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان تقديمه على غيره من غير محاصة الغرماء من مصلحة الحجر كأجرة الكيّال.

(٦) قياسًا على سائر الديون، لأنه دين في ذمّة المفلس.

(٧) لأنه موسر ما لم يزل ملكه فتجب عليه لذلك نفقة المعسر.

(٨) لاستغنائه عندئذ بكسبه، فلو لم يكف تمم الباقي من مال المفلس.

(٩) لضيق حق الآدمي مع سهولة تحصيل ذلك بالأجرة.

(١٠) لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى النفقة، والمراد بـ «دست ثوب»: كسوة كاملة كما فسّرها فيما بعد.

وَمِكْعَبٌ، وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ(١)، وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ(٢).

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ (1) أَوْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ(٣)، وَالأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالأَرْضِ المَوْقُوفَةِ (2) عَلَيْهِ(٤).

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَّمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا، فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ(٥)، وَإِلَّا فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الأَصَحِّ(٦)، وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الإِعْسَارِ فِي الحَالِ(٧).

....

(1) خ س: أن يكسب.

(2) خ ط: وأرض موقوفة.

---

(١) لحاجته لذلك، ولا تؤجر غالبًا، ويترك للعالم كتبه لحاجته إليها. وللمرأة ما يليق بها من الحاجيات.

(٢) لأنه موسر في أوله بخلاف ما بعده فإنه لا ينضبط، فإن قسم ليلاً فيلحق به اليوم الذي بعده قياسًا على الليلة، ولأن حقوقهم لم تجب فيه أصلاً.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، فحكم بإنظاره ولم يأمره بالكسب، ولقوله ﷺ في قصة معاذ السابقة ص ١٠٦ كما في رواية: «ليس لكم إلاَّ ذلك».

(٤) لأن منافعها كالأعيان فيُصرف بدلها وهي الأجرة للدين، وهذا ما لم يخالف شرط الواقف.

(٥) بالتلف أو الإعسار؛ لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة.

(٦) عملا بقاعدة: الأصل العدم.

(٧) لمسيس الحاجة لذلك كسائر البينات.

وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ(١)، وَلْيَقُلْ: هُوَ مُعْسِرٌ، وَلاَ يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ: لاَ يَمْلِكُ شَيْئًا(٢).

وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلاَ مُلاَزَمَتُهُ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ(٣)، وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ(٤)، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ(٥).

فَصْلٌ

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ(٦)، وَالأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ(٧)، وَأَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ (1) (٨)، وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ

. . . .

(1) خ ط: بالتنكير في الثلاثة.

---

(١) بنحو طول جوار ومخالطة مع مشاهدة مخايل الضر والإضافة، لأن الأموال تخفى فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال، إلاَّ إذا شهد بتلف المال فلا يحتاج إلى خبرة باطنهِ.

(٢) لأنه لا يمكن الاطلاع عليه، بل يجمع بين نفي وإثبات.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. أي عليكم تأخيره وإنظارهُ إلى حال اليسار.

(٤) لئلا يتخلد بالحبس.

(٥) ليخرج من الحبس.

(٦) لحديث أبي هريرة السابق ص ١٠٩: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره».

(٧) قياسًا على خيار العيب بجامع دفع الضرر.

(٨) قياسًا على الهبة، حيث لا يحصل بها الفسخ في الهبة للفرع. فتبطل هذه التصرفات.

الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ[١].

وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًّا[٢].

ـ وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالإِفْلَاسِ، فَلَوِ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ فَلَا فَسْخَ فِي الأَصَحِّ[٣]، وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: لَا تَفْسخ وَنُقَدِّمُكَ بِالثَّمَنِ؛ فَلَهُ الْفَسْخُ[٤].

ـ وَكَوْنُ المَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي[٥]، فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ فَلَا رُجُوعَ[٦]، وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ[٧]، وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا، أَوْ ضَارَبَ بِالثَّمَنِ[٨] أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ[٩]، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ[١٠]، وَجِنَايَةُ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الأَصَحِّ[١١].

---

(١) لعموم الحديث السابق.

(٢) فإن كان مؤجلًا فلا فسخ؛ لأن المؤجل لا يطالب به.

(٣) لإمكان الاستيفاء بالسلطان، أو من الرهن أو الضامن، فإن فُرض عجز فنادر والنادر لا عبرة به.

(٤) لما في التقديم من المِنَّة، واحتمال أن يظهر غريم آخر.

(٥) لظاهر الحديث السابق: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره».

(٦) لخروجه عن ملكه في الفوات، وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه؛ لأنها لازمة من جهته.

(٧) لأنه لا يمنع البيع.

(٨) قياسًا على ما لو تعيب المبيع قبل قبضه، فإن للمشتري أخذه ناقصًا أو تركه.

(٩) لأن عين ماله باقية.

(١٠) دفعًا للضرر الذي لحقه.

(١١) لأنه وقع في ملكه قبل تعلّق حق الغرماء به.

وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ(١)، فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الجَدِيدِ(٢)، فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ(٣)، وَفِي قَوْلٍ: يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ، وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ(٤).

وَلَوْ زَادَ المَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ فَازَ الْبَائِعُ بِهَا(٥)، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدِ [1] لِلْمُشْتَرِي(٦).

وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الأَصْلِ(٧)، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ(٨)، وَإِلَّا فَيُبَاعَان، وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الأُمِّ(٩)، وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ(١٠).

....

(1) خ ط: كثمرة وولد.

---

(١) لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما.

(٢) لأن الإفلاس سبب يعود به كل العين، فجاز أن يعود به بعضها.

(٣) قياسًا على ما لو رهن عبدين بمائة، وتلف أحدهما وقد قبض خمسين فالباقي مرهون بالباقي.

(٤) لأن الثمن يتوزع على الجميع.

(٥) لأنها تبع لأصله إذ يتعذر فصلها عنه.

(٦) لأنها تتبع الملك بدليل الرد بالعيب، ولأن الثمرة المذكورة لا تتبع الشجر في البيع فكذا في الرجوع.

(٧) لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع فيقتصر عليه.

(٨) لأن التفريق ممتنع كما مر ومال المفلس كله مبيع، فأجيب البائع.

(٩) وحصة الولد للغرماء، وذلك فرارًا من التفريق الممنوع منه.

(١٠) لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع.

وَلَوْ (1) كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ فَالأَصَحُّ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ(١).

وَاسْتِتَارُ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنَ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ، وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ(٢).

وَلَوْ غَرَسَ الأَرْضَ أَوْ بَنَى، فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيغِهَا فَعَلُوا(٣) وَأَخَذَهَا(٤)، وَإِنْ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا(٥)، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ (2) أَرْشَ نَقْصِهِ (3) (٦)، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا (4)، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ(٧).

....

(1) خ التحفة والمغني والسراج: فإن.

(2) خ ب ط والنهاية: أن يقلعه ويغرم.

(3) خ المغني والسراج: النقص.

(4) سقطت كلمة: فيها، من س ب.

---

(١) أما في الصورة الأولى فلأن الحمل تابع في البيع فكذا في الرجوع، وأما في الصورة الثانية فلأن الحمل يعلم، فكأنه باع عينين فيرجع فيهما.

(٢) لأنها مشاهدة موثوق بها بخلافه.

(٣) لأن الحق لا يعدوهم.

(٤) لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق لغيره.

(٥) لأن المشتري حين بنى وغرس لم يكن متعديًا بل وضعه بحق فيحترم.

(٦) لأن مال المفلس مبيع كله والضرر يندفع بكل منهما، فأجيب البائع لما طلب منهما.

(٧) لما فيه من الضرر بنقص قيمتها؛ فإن الغراس بلا أرش والبناء بلا مقر ولا ممر ناقص القيمة، والرجوع إنما شرع لدفع الضرر، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء. لقاعدة: الضرر لا يزال بالضرر.

وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ المَبِيعِ مِنَ المَخْلُوطِ[(١)]، أَوْ بِأَجْوَدَ فَلاَ رُجُوعَ فِي المَخْلُوطِ فِي الأَظْهَرِ[(٢)]، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَّرَ الثَّوْبَ فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيمَةُ رَجَعَ، وَلاَ شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ[(٣)]، وَإِنْ زَادَتْ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ[(٤)].

وَلَوْ صَبَغَهُ بِصَبْغَةٍ فَإِنْ زَادَتِ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصَّبْغِ رَجَعَ[(٥)]، وَالمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ[(٦)]، أَوْ أَقَلَّ فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ[(٧)]، أَوْ أَكْثَرَ فَالأَصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ[(٨)].

وَلَوِ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوْبَ رَجَعَ فِيهِمَا[(٩)] إِلاَّ أَنْ لاَ تَزِيدَ

---

(١) لأن مثل الشيء بمنزلته، ولذلك جازت قسمة المختلط، ولأنه سامح في الدون بنقصه كنقص العيب.

(٢) لتعذّر القسمة؛ لأن أخذ قدر حقه، فيه إضرار بالمفلس، وإعطاءه ما يساوي حقه منه ربًا فتتعين المضاربة.

(٣) لوجود المبيع بعينه من غير زيادة، ولا شيء للبائع في مقابلة النقص لأنه لا تقصير من المشتري في فعل ذلك.

(٤) لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم فوجب أن لا يضيع عليه.

(٥) لبقاء عينه.

(٦) لأن المبيع هو الثوب خاصة، فيباع الثوب أو يأخذه، أو يأخذه البائع، والثمن أو القيمة بينهما أثلاثًا، وذلك لتعذّر التمييز.

(٧) لأنه هالك في الثوب والثوب قائم بحاله، فيباع وللبائع أربعة أخماس الثمن، وللمفلس خمسه.

(٨) لأنها حصلت بفعله، فيباع الثوب وله نصف الثمن.

(٩) لأنهما عين حقه، فيرجع لحديث أبـي هريرة السابق.

قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ(١)، وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنَ اثْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغًا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ(٢)، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصَّبْغِ اشْتَرَكَا(٣)، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِمَا فَالأَصَحُّ أَنَّ المُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ(٤).

* * *

(١) لاستهلاكه، فيضارب بثمنه مع الرجوع في الثوب من جهته.

(٢) لما مر من استهلاكه، فيضارب بثمنه، وصاحب الثوب واجد له.

(٣) لأنهما واجدان، فيشتركان في الرجوع في الثوب.

(٤) لأن الزيادة كانت بسبب صنعته فيشاركها فيه، فلو كانت قيمة الثوب أربعة مثلاً، والصبغ درهمين، وصارت قيمته مصبوغًا ثمانية، فالمفلس شريك لهما بالربع.

باب الحجر[1]

مِنْهُ حَجْرُ المُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ[2]، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ[3]، وَالمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ[4]، وَالعَبْدِ لِسَيِّدِهِ[5]، وَالمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ[6].

وَلَها أَبْوَابٌ، وَمَقْصُودُ البَابِ حَجْرُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِـيِّ وَالمُبَذِّرِ.

---

(١) الأصل فيه آيات من كتاب الله تعالى مثل قوله سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].
فنبّه سبحانه على الحجر بالابتلاء وهو الاختبار، وكنّى عن البلوغ ببلوغ النكاح، ولم يجعل البلوغ بحد ذاته موجبًا لدفع المال إليه حتى يؤنس منه الرشد.
ومثل هذه الآية قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: ٥]، إلى غير ذلك من الآيات.

(٢) لما تقدم ص١٠٦ من حديث كعب أن النبـي ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه ماله، وباعه في دين كان عليه.

(٣) في العين المرهونة، لأن الرهن كان بدين في الذمة.

(٤) فيما زاد على الثلث لحديث عائشة بنت سعد بن أبـي وقاص في شأن مرضه، وإرادته الوصية بماله فقال له النبـي ﷺ: «الثلث والثلث كثير». أخرجه البخاري في المرض، باب وضع اليد على المريض برقم ٥٦٥٩.

(٥) لأنه ملكه، وكذا المكاتب حتى يؤدي نجوم الكتابة.

(٦) لأن ماله فيء لهم بسبب ردته. وسيأتي في بابه ٣/ ٢٠٣.

فَبِـالْجُنُـونِ تَنْسَلِـبُ الْـوِلايَـاتُ، وَاعْتِبَـارُ الأَقْـوَالِ[١]، وَيَـرْتَفِـعُ بِالإِفَاقَةِ[٢].

وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِـعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا[٣]، وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً[٤]، أَوْ خُرُوجِ المَنِيِّ (1) [٥]، وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ[٦]، وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ[٧] لاَ المُسْلِمِ فِي

....

(1) خ ط: مني.

---

(١) لحديث عليٍّ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر»، وقد تقدم تخريجه ص ١/ ١٤٧، ٤٢٤.

(٢) للحديث السابق: «وعن المبتلى حتى يبرأ»، والمراد بالمبتلى: المجنون كما في رواية: «وعن المجنون»، وفي لفظ: «والمعتوه حتى يعقل أو قال: يفيق».

(٣) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، والرشد صلاح الدين والدنيا. والمعنى: إذا أبصرتم أو علمتم منهم الرشد فادفعوا إليهم أموالهم، فنهى الله سبحانه وتعالى عن إعطائهم أموالهم مع عدم الرشد، وذلك هو الحجر.

(٤) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عُرِضتُ على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني». أخرجه البخاري في الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم برقم ٢٦٦٤، ومسلم في الإمارة، باب بيان سن البلوغ برقم ٩١ (١٨٦٨).

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٩].

(٦) دل على ذلك الاستقراء.

(٧) لحديث عطية القُرظي رضي الله عنه قال: «كنت من سبي بني قريظة فكانوا ينظرون، فمن أنبت الشعر قتل، ومن لم ينبت لم يقتل فكنت فيمن لم ينبت». =

الأَصَحِّ[1]، وَتَزِيدُ المَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبَلاً[2].

وَالرُّشْدُ صَلاَحُ الدِّينِ وَالمَالِ[3]، فَلاَ يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ، وَلاَ يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ المَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ.

وَالأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الخَيْرِ وَالمَطَاعِمِ وَالمَلاَبِسِ الَّتِي لاَ تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ[4].

وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ[5] وَيَخْتَلِفُ بِالمَرَاتِبِ، فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ

= أخرجه أبو داود في الحدود، باب في الغلام يصيب الحد برقم ٤٤٠٤، واللفظ له، والترمذي في السير، باب ما جاء في النزول على الحكم برقم ١٥٨٤، والنسائي في الطلاق، باب متى يقع طلاق الصبي ٦/ ١٥٥، وابن ماجه في الحدود برقم ٢٥٤١ وقال عنه الترمذي: حسن صحيح.

(١) لسهولة مراجعة أقاربه المسلمين غالبًا، ولأنه متهم باستعجاله بالمعالجة تشوفًا للولاية، ودفعًا للحجر، بخلاف الكافر فإنه يفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية.

(٢) أما الحيض فللإجماع على ذلك كما حكاه المَحلِّيُّ في شرحه ٢/ ٣٠١، والرملي ٥/ ٣٦٠، وأما الحبل فلأنه دليل على سبق الإمناء، إذ الولد لا يخلق إلاَّ منه فبالوضع يحكم ببلوغها قبله بستة أشهر ولحظة، ما لم تكن مطلقة وتأتي بولد يلحق المطلق فيحكم ببلوغها قبل الطلاق بلحظة.

(٣) كما فسره بذلك ابن عباس رضي الله عنه فيما أخرجه الطبري عنه في تفسيره ٤/ ٢٥٢، وحكاه ابن الجوزي في زاد المسير ٢/ ١٤.

(٤) لأن له غرضًا صحيحًا وهو الثواب أو التلذذ، إذ المال إنما يتخذ لينتفع به ويلتذّ، ومن ثم قالوا: لا سرف في الخير كما لا خير في السرف.

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] والابتلاء هو الاختبار، أما في الدين =

بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، وَوَلَدُ الزَّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقُوَّامِ بِهَا، وَالْمُحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ، وَصَوْنِ الأَطْعِمَةِ عَنْ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا.

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ (1) الاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَر(١)، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ(٢)، وَقِيلَ بَعْدَهُ(٣).

فَعَلَى الأَوَّلِ الأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ عَقْدُهُ(٤)، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ(٥)، فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الحَجْرُ(٦)، وَإِنْ بَلَغَ

....

(1) خ ط: تكرير.

= فبمشاهدة حاله في فعل الطاعات وتوقي المحرمات، وأما في المال فبما ذكره في المتن.

(١) لأن المرة الواحدة لا تعبّر عن الرشد، إذ قد يصيب مرة لا عن قصد.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦]، واليتم لا يكون إلاَّ قبل البلوغ، إذ لا يُتَم بعده لقول ابن عباس رضي الله عنهما في كتابه لنجدة بن عامر الحروري: «وكتبت تسألني، عن اليتيم متى يقطع عنه اسم اليتم، وأنه لا يقطع عنه اسم اليتم حتى يبلغ ويؤنس منه رشده»، أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم برقم ١٣٩ (١٨١٢)..

(٣) ليصح تصرفه، إذ تصرف الصبي باطل.

(٤) لبطلانه منه حيث لا اعتداد بتصرف الصَّبيِّ.

(٥) ليصح العقد، لما تقرر من بطلان تصرف الصبي واليتيم.

(٦) لمفهوم الآية السابقة: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، والمعنى: إذا لم يؤنس منهم ذلك لم يرتفع الحجر عنهم.

رَشِيدًا انفَكَّ بِنَفسِ الْبُلُوغِ(١) وَأُعْطِيَ مَالَهُ(٢)، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي(٣)، فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حَجَرَ عَلَيْهِ(٤)، وَقِيلَ: يَعُودُ الحَجْرُ بِلاَ إِعَادَةٍ(٥)، وَلَوْ فُسِّقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ(٦).

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي(٧)، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ(٨)، وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ(٩)، وَقِيلَ: الْقَاضِي.

وَلاَ يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ (1) عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلاَ شِرَاءٌ وَلاَ إِعْتَاقٌ وَهِبَةٌ(١٠)

. . . .

(1) خ ط: من محجور.

---

(١) لأنه حجر ثبت من غير حاكم فارتفع من غير فكه كحجر الجنون.

(٢) لانفكاك الحجر عنه حينئذٍ.

(٣) لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد، فأشبه حجر السفه الطارىء.

(٤) أي القاضي، لأنه محل اجتهاد، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، أي أموالهم التي هي بأيديكم، بدليل قوله سبحانه بعد ذلك: ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥] ، وهذا لا يجب على الولي، وإنما أضاف الأموال للأولياء المخاطبين؛ تغبيطًا بالأموال، أي هي لهم إذا احتاجوها كأموالكم التي تقي أعراضكم وتصونكم وتعظّم أقداركم، كما في البحر المحيط لأبي حيان ٣/ ١٦٩.

(٥) قياسًا على الجنون.

(٦) لعدم ورود الحجر على الفسقة في أثر ولا خبر ولا فعل السلف.

(٧) لأنه الذي يحجر ويعيد الحجر، لأن ولاية الأب قد زالت عنه بالبلوغ والرشد، فصار النظر لمن له الولاية العامة.

(٨) قياسًا على ما لو بلغ سفيهًا، ورد بوضوح الفرق؛ إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

(٩) لأن الجنون واضح لا يحتاج إلى اجتهاد وهو موكول إلى القاضي، بخلاف السفه.

(١٠) لمنافاة هذا التصرف لمقصود الحجر.

وَنِكَاحٌ(١) بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ(٢)، فَلَوِ اشْتَرَى أَوِ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ المَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلاَ ضَمَانَ فِي الْحَالِ، وَلاَ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ، سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَ [1] (٣).

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ(٤)، لاَ التَّصَرُّفُ المَالِيُّ فِي الأَصَحِّ(٥)، وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَا بِإِتْلاَفِ المَالِ فِي الأَظْهَرِ(٦).

وَيَصِحُّ بِالحَدِّ وَالْقِصَاصِ [2] (٧)، وَطَلاَقُهُ وَخُلْعُهُ وَظِهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ(٨).

. . . .

(1) خ ب: أو جهله.

(2) خ ط: بالتنكير فيهما.

---

(١) لأنه إتلاف للمال أو مظنة إتلافه.

(٢) هذا قيد في الجميع، وقيل عائد على النكاح فقط، فإنه الذي يصح بالإذن دون ما قبله كما سيأتي.

(٣) لأن من عامله سلطه على إتلافه بإقباضه، وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته، فهو مقصر بعدم بحثه عنه.

(٤) إذ ليس فيه تصرف في المال، ولا يلزم منه ذلك، فقد يكون بغير بذل مال.

(٥) لأن عبارته في الأموال مسلوبة كما لو أذن لصبـي فإنه لا عبرة به.

(٦) لما مر من سلب عبارته في الأموال قياسًا على الصبـي.

(٧) لعدم تعلقهما بالمال وبعد التهمة فيهما وكذا سائر العقوبات، فإن عفي عنه بمال ثبت لأنه تعلق باختيار غيره لا باختياره.

(٨) أي يصح منه ذلك، لعدم تعلقها بالمال الذي حجر لأجله، أما الخلع فإنه وإن تعلّق بمال فإنه كالطلاق، فإذا صح طلاقه مجانًا فبالعوض أولى، ولكن يجب بذل العوض لوليّه.

وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ[١] لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ[٢]، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرْضٍ أَعْطَى الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ[٣]، وَإِنْ (1) أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ، فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ[٤]، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ[٥].

قُلْتُ: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا لِدَمِ الإِحْصَارِ بَدَلٌ[٦]، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ[٧]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

....

(1) خ ط والنهاية: وإذا.

---

(١) لاجتماع شرائط الوجوب عليه من إسلام وعقل ونحوهما.

(٢) لأنه ولاية وتصرف مالي وهو ممنوع منهما كما علم، إلَّا إذا أذن له الولي وعين له المدفوع له صح صرفه كنظيره في الصبي المميز.

(٣) خوفًا من تفريطه فيه؛ لأنه لا يحسن التصرف، إلَّا أن يقصر السفر ورأى الولي ذلك جاز كما بحث.

(٤) صيانة لماله.

(٥) لأنه ممنوع من المضي.

(٦) وهو الأظهر كما مر في الحج ص ١/ ٥١٥.

(٧) إذ لا موجب لمنعه حينئذٍ، فهو بهذا قادر على الإتمام من غير تعرّض للمال الذي منع منه، ولا نظر إلى أنه فوت عملاً له مقصودًا بالأجرة لأنه لا يعد مالاً حاصلاً، فلا يلزمه تحصيله مع غناه، بخلاف الموجود في يد الولي.

فَصْلٌ

وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ(١) ثُمَّ جَدُّهُ(٢) ثُمَّ وَصِيُّهُمَا(٣) ثُمَّ الْقَاضِي(٤)، وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ(٥)، وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ(٦)، وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالْآجُرِّ(٧) لَا اللَّبِنِ وَالْجِصِّ (1) (٨)، وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ

....

(1) خ ط: بالتنكير في الثلاثة.

---

(١) حكيا في التحفة ٥/ ١٧٦، والنهاية ٥/ ٣٧٣ الإجماع على ذلك؛ لأنها ولاية في حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح.

(٢) قياسًا على ولاية النكاح، وإنما لم يثبت بعدهما لباقي العصبة كالنكاح لقصور نظرهم في المال وكماله في النكاح.

(٣) لأنه يقوم مقامهما، فقدم على غيره.

(٤) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل» ثلاث مرات، «فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».
أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الولي برقم ٢٠٨٣، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلاّ بولي برقم ١١٠٢، وابن ماجه في النكاح، باب لا نكاح إلاّ بولي برقم ١٨٧٩، وحسنه الترمذي.

(٥) قياسًا على ولاية النكاح.

(٦) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقوله سبحانه: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]

(٧) لأن الطين قليل المؤنة، وينتفع به بعد النقض، والآجر يبقى.

(٨) لأن اللبن قليل البقاء ويتكسّر عند النقض، والجِص كثير المؤنة مع عدم الانتفاع بنقضه.

أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ[١]، وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ[٢]، وَإِذَا [1] بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ[٣]، وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ[٤]، وَيُزَكِّي مَالَهُ[٥]، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالمَعْرُوفِ[٦]، فَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ بُلوغِهِ عَلَى الأَبِ وَالجَدِّ بَيْعًا بِلاَ مَصْلَحَةٍ صُدِّقَا بِالْيَمِينِ[٧]، وَإِنِ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ[٨].

* * *

....

(1) خ ط: فإذا.

---

(١) لوجوب رعاية المصلحة له.

(٢) التي يراها لأن معرفتها موكولة إليه.

(٣) احتياطًا لماله، إن كان مَنْ عامله مليئًا إذ قد يتلف ماله، فإن لم يفعل ضمن.

(٤) لأنه مأمور بفعلها، فإن تعينت في الترك أو الأخذ وجب فعله قطعًا.

(٥) لأن الزكاة تجب في ماله لما تقدم ذكره في بابه ١/ ٤٠٣، والولي هنا قائم مقامه.

(٦) لأنه لا بد له منها، فلتكن مما يليق بيساره وإعساره.

(٧) لأنهما غير متهمين لوفور شفقتهما، والأم إذا كانت وصية كالأب والجد.

(٨) لأنهما قد يتهمان، إذا كان يدَّعي غير التجارة، أما فيها فالظاهر قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما فيها.

باب الصلح(١)

هُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ المُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

ـ **أَحَدُهُمَا**: صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ المُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصُّلْحِ(٢) تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ (1) وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنِ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا(٣)، أَوْ عَلَى

(1) خ ط: بعيب.

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع آيات منها قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، وقوله: ﴿۞ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

وأحاديث كحديث عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلاَّ صلحًا حرَّم حلالاً أو أحل حرامًا، والمسلمون على شروطهم إلاَّ شرطًا حرَّم حلالاً، أو أحلَّ حرامًا».

أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس برقم ١٣٥٢، وابن ماجه في الأحكام، باب في الصلح برقم ٢٣٥٣، وله شواهد كثيرة وقال عنه الترمذي: حسن صحيح، وخص المسلمين بالذكر لانقيادهم غالبًا، وإلاَّ فالكفار كذلك.

(٢) لصدق تعريفه عليه، ويسمى صلح المعاوضة.

(٣) وغير ذلك من أحكامه كاشتراط التساوي إن كان جنسًا ربويًا، واشتراط القطع في =

مَنْفَعَةٍ فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ (1) أَحْكَامُهَا[١].

أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ[٢] فَتَثْبُتُ (2) أَحْكَامُهَا[٣]، وَلاَ يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ[٤]، وَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ[٥].

وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ، صَالِحْنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا فَالأَصَحُّ

....

(1) خ ط: يثبت.

(2) خ ط: يثبت.

= بيع الزرع الأخضر، وجريان التحالف عند الاختلاف وفساده بالغرر أو الشرط الفاسد والجهل، لأن حد البيع يصدق على ذلك.

(١) لصدق حدها عليه.

(٢) لصدق حدها على ذلك أيضًا، ويدل لهذا النوع حديث كعب بن مالك رضي الله عنه أنه تقاضى ابن أبي حدرد، دينًا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى: «يا كعب»، قال: لبيك يا رسول الله، قال: «ضع من دينك هذا»، فأومأ إليه أي الشطر، قال: قد فعلت يا رسول الله، قال: «قم فاقضه».
أخرجه البخاري في الخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض برقم ٢٤١٨، ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين برقم ٢٠ (١٥٥٨).

(٣) من إيجاب وقبول، وإذن في قبض ومضي زمن إمكانه.

(٤) لعدم الثمن، لأن العين كلها ملك المقر له، فإذا باعها ببعضها فقد باع ملكه بملكه والشيء ببعضه وهو محال.

(٥) لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة، وقد حصلت ويكون هبة تنزيلاً له في كل محل على ما يليق به كلفظ التمليك.

بُطْلَانُهُ[١]، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عِوضٍ [1] صَحَّ[٢]، فَإِنْ تَوَافَقَا [2] فِي عِلَّةِ الرِّبَا اشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ[٣]، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الأَصَحِّ[٤]، أَوْ دَيْنًا اشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ[٥]، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ[٦].

وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ[٧]، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الإِبْرَاءِ وَالحَطِّ وَنَحْوِهِمَا[٨]، وَبِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الأَصَحِّ[٩].

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكَسَ لَغَا[١٠]، فَإِنْ عَجَّلَ

....

(1) خ ط ونسخ الشروح: على عين.

(2) خ ط: فإن اتفقا.

---

(١) لأن لفظ الصلح يستدعي سبق الخصومة، ولو عند غير القاضي، وهي هنا لم تحصل.

(٢) لعموم الأدلة، سواء عقد بلفظ البيع أم الصلح أم الإجارة.

(٣) حذرًا من الربا، لأن بيع الربوي بربوي يشترط فيه التقابض والحلول.

(٤) قياسًا على ما لو باع ثوبًا بدراهم في الذمة، فلا يشترط قبض الثوب في المجلس.

(٥) ليخرج عن بيع الدين بالدين المنهي عنه، كما سبق ص ٤٥.

(٦) أصحهما عدم الاشتراط.

(٧) لحديث كعب بن مالك السابق، ونحو الإبراء، الإسقاط والوضع، ولا يشترط القبول هنا.

(٨) لأنها بمعناه فتثبت فيها أحكامه.

(٩) لما سبق ذكره من أن خاصيته وهي سبق الخصومة قد وجدت، ولكن يشترط له القبول، لأن لفظ الصلح يقتضيه، بخلاف الإبراء والإسقاط والوضع إذ الصلح عقد، ولا كذلك الألفاظ الأخرى.

(١٠) لأنهما وعد من الدائن والمدين، أما الأولى فهو وعد من الدائن بإلحاق الأجل =

المؤَجَّلَ صَحَّ الأَدَاءُ(١)، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِىءَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ(٢)، وَلَوْ عَكَسَ لَغَا(٣).

ـ النَّوْعُ الثَّانِي: الصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ (1)، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ المُدَّعَى، وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الأَصَحِّ(٤)، وَقَوْلُهُ: صَالِحْنِي عَنْ (2) الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إِقْرَارًا فِي الأَصَحِّ(٥).

الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ المُدَّعِي وَأَجْنَبِيٍّ (3)، فَإِنْ قَالَ: وَكَّلَنِي المُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الصُّلْحِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَكَ صَحَّ(٦)، وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالحَالَةُ

....

(1) خ ط: على إنكار.

(2) خ المغني والسراج: على.

(3) خ المغني والسراج: والأجنبي.

= وصفة الحلول لا يصح إلحاقها، وأما الثانية، فهو وعد من المديون بإسقاط الأجل وهو لا يسقط.

(١) وسقط الأجل، لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما.

(٢) لأنه سامحه بحط البعض من غير مقابل فصح، ويتأجل الباقي، والوعد لا يلزم والحط صحيح.

(٣) لأنه إنما ترك الخمسة في مقابلة حلول الباقي وهو لا يحل، فلم يصح الترك.

(٤) لحديث عمرو بن عوف المزني السابق: «... إلاَّ صلحًا حرم حلالاً أو أحلَّ حرامًا»، فهو في الصلح على غير المدعى به صلح محرم للحلال، إن كان المدعي صادقًا لتحريم المدعى به أو بعضه عليه، أو محلل للحرام إن كان كاذبًا بأخذه ما لا يستحقه.

(٥) لاحتمال أن يريد قطع الخصومة لا غير.

(٦) لأن دعوى الإنسان الوكالة في المعاملات مقبولة، فإن كان صادقًا، صار المصالح =

هَذِهِ صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ[1]، وَإِنْ كَانَ مُنْكِرًا وَقَالَ الأَجْنَبِيُّ: هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ؛ فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ فَيُفْرَقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا[2]، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: هُوَ مُبْطِلٌ؛ لَغَا الصُّلْحُ[3].

فَصْلٌ

الْطَّرِيقُ النَّافِذُ لاَ يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ المَارَّةَ[4]، وَلاَ يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلاَ سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ[5]، بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ

= عنه ملكًا للموكل عنه، وإلاَّ فهو شراء فضولي وقد تقدم حكمه ص ١٠، ولكن محل هذا إذا لم يدع المدعي عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة، فإن ادعاه كان عزلاً له فلا يصح الصلح عنه.

(١) بلفظ الصلح فيكون من صلح المعاوضة التي تجري فيه أحكام البيع كما تقدم آنفًا.

(٢) قياسًا على شراء المغصوب المار في باب البيع ص ٩.

(٣) لعدم الاعتراف للمدعي بالملك، فهو يشتري ما لم يثبت ملكه له.

(٤) لأن الحق فيه لعامة المسلمين، وذلك لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى أن «لا ضرر ولا ضرار». أخرجه ابن ماجه في الأحكام برقم ٢٣٤٠، وفي مصباح الزجاجة ٢/ ٣٣: إسناد رجاله ثقات إلاَّ أنه منقطع وله شاهد عنده برقم ٢٣٤١، من حديث ابن عباس، وفي سنده جابر الجعفي، وشاهد من حديث يحيى المازني عن أبيه أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ١٢٢، باب القضاء في المرافق.

(٥) للحديث السابق، ولما أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/ ٦٦ بسنده إلى يعقوب بن زيد أن عمر رضي الله عنه خرج في يوم جمعة فقطر ميزاب عليه للعباس، فأمر به فقطع، فقال العباس: «قطعت ميزابي؟! والله ما وضعه حيث كان إلاَّ رسول الله ﷺ بيده. فقال عمر رضي الله عنه: والله لا يضعه إلاَّ أنت بيدك ثم لا يكون لك سُلَّم إلاَّ عمر. فوضع العباس رجليه على عاتقي عمر ثم أعاده حيث كان». =

مُنْتَصِبًا، وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ الْفِرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ [1] فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ المَحْمِلُ عَلَى الْبَعِيرِ [2] مَعَ أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ[١].

وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الجَنَاحِ [3] [٢]، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الْطَّرِيقِ دَكَّةً، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً[٣]، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَضُرَّ جَازَ[٤].

وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ الإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ[٥]، وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الأَصَحِّ إِلاَّ بِرِضَا الْبَاقِينَ[٦]، وَأَهْلُهُ مَنْ نَفَذَ بَابُ دَارِهِ إِلَيْهِ، لاَ مَنْ لاَصَقَهُ جِدَارُهُ[٧].

....

(1) خ ط: بالتنكير فيهما.

(2) خ ط: بعير.

(3) خ ط: جناح.

= وأخرجه الحاكم في المستدرك ٣/ ٣٣٢ من وجه آخر وأعلَّه، وضعفه الحافظ في التلخيص ٣/ ٤٥. ومحل الشاهد أن سيدنا عمر رضي الله عنه أزاله، وإنما أعاده إكرامًا لرسول الله ﷺ.

(١) لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادرًا، وإذا فعل هدمه الحاكم.

(٢) لأن الهواء لا يفرد بالعقد وإنما يتبع القرار، كالحمل مع الأم، ولأنه إذا لم يضر في الشارع فيمتنع أخذ عوض عليه، لأنه مستحقه، وما يستحقه الإنسان يمتنع أخذ العوض عليه، وإن ضر لم يجز فعله، لما تقدم.

(٣) لأن المارة قد تزدحم فتتعثر بها، ولأن محلها يشتبه بالأملاك عند طول المدة، وينقطع أثر استحقاق الطروق بخلاف الأجنحة.

(٤) قياسًا على إشراع الجناح، ورد بما مر من الفرق.

(٥) لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور.

(٦) قياسًا على سائر الأملاك تضرروا بذلك أم لا.

(٧) لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع فهم الملاك دون غيرهم.

وَهَلْ الِاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلٍّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجْهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا الثَّانِي[(١)].

وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلِاسْتِطْرَاقِ[(٢)]، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي الْأَصَحِّ[(٣)].

وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ[(٤)]، وَإِنْ [(1)] كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ[(٥)]، وَإِنْ سَدَّهُ فَلَا مَنْعَ[(٦)].

وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ، أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَابًا بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ[(٧)]، وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحَ الْبَابِ فَصَالَحَهُ

....

(1) خ المغني والسراج: فإن.

---

(١) لأن هذا المقدار هو محل تردده ومروره، وما عداه هو فيه كالأجنبي.

(٢) لتضررهم بمرور الفاتح أو مرورهم عليه، ولهم بعد الفتح برضاهم الرجوع متى شاؤا، بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء والغراس، فإنه لا يقلع مجانًا للضرر الذي يلحقه.

(٣) لأن له رفع جميع الجدار فبعضه أولى.

(٤) لأنه أحدث استطراقًا في ملكهم، ولا حق له فيه.

(٥) لأن زيادة الباب تورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب فيتضررون به.

(٦) لأنه ترك بعض حقه.

(٧) لأنه يستحق المرور في الدرب، ورفع الحائل بين الدارين تصرف في ملكه فلم يمنع حقه.

أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ(١)، وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَّاتِ(٢).

وَالْجِدَارُ بَيْنَ المَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ، فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلآخَرِ وَضْعُ الجُذُوعِ عَلَيْهِ (1) فِي الجَدِيدِ، وَلاَ يُجْبَرُ المَالِكُ(٣)، فَلَوْ رَضِيَ بِلاَ عِوَضٍ فَهُوَ

....

(1) خ الشروح والمغني والتحفة والنهاية والسراج: زيادة: بغير إذن.

---

(١) لأنه انتفاع بالأرض بخلاف إشراع الجناح لأنه لا يباع منفردًا كما تقدم آنفًا.

(٢) لأنه تصرف في ملكه، إذ له أن يزيل الجدار ويجعل شباكًا مكانه، فالكوات أولى.

(٣) لحديث عبادة بن الصامت السابق: «لا ضرر ولا ضرار»، ولعموم حديث جابر رضي الله عنه في حجة النبي ﷺ وفي خطبته ﷺ يوم عرفة ففيها «... إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا...»، كما أخرجه مسلم برقم ١٤٧ (١٢١٨)، ولحديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع، فذكر الحديث وفيه: «... لا يحل لامرئٍ من مال أخيه إلاَّ ما أعطاه من طيب نفس...». أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/ ٩٧، وإسناده حسن، وله شواهد كثيرة» منها ما أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٤٢٥ وابن حبان في صحيحه ٥/ ١١٧، وغيرهما من حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير حقه، وذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم»، وفي رواية: «لا يحل للرجل أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه، وذلك لشدة ما حرم رسول الله ﷺ من مال المسلم على المسلم»، وقياسًا على سائر الأموال. والجديد جوازه ولو بغير إذنه لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبه في جداره»، ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ فوالله لأرمين بها بين أكتافكم». أخرجه البخاري في المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره برقم ٢٤٦٣، ومسلم في المسافاة، باب غرز الخشب في جدار =

إِعَارَةٌ[١]، لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الأَصَحِّ[٢]، وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ[٣]، وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلَبُ الأُجْرَةِ فَقَطْ[٤].

وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الجُذُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ[٥]، وَإِنْ قَالَ: بِعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ أَوْ بِعْتُهُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ فَالأَصَحُّ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ[٦] وَإِجَارَةٍ[٧]، فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ[٨].

= الجار برقم ١٦٠٩.

وأجيب عنه أن الضمير بعود لصاحب الخشب، أن لا يمنعه الجار أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به لنحو منع ضوء، إذ الضمير يعود إلى أقرب مذكور وهو هنا صاحب الخشبة، فوجب عود الضمير إليه، وإن أعيد للأول كان النهي للتنزيه، بقرينة الأخبار السابقة حتى لا تتعارض مع إمكان الجمع.

(١) لصدق حدها عليه.

(٢) قياسًا على سائر العواري.

(٣) قياسًا على إعارة الأرض للبناء.

(٤) لأن القلع يضر المستعير، فإن الجذوع إذا رفعت أطرافها لم تستمسك على الجدار الباقي.

(٥) لصدق حدها عليه، فهي كسائر الأعيان المستأجرة، لكن لا يشترط فيها بيان المدة لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه.

(٦) نظرًا للفظه المقتضي لكونه مؤبدًا.

(٧) نظرًا لمعناه لأن المستحق به منفعة فقط، إذ لا يملك عينها. ولو كان إجارة محضة لاشترط تأقيتها، أو بيعًا محضًا لملك رأس الجدار صاحب الجذوع.

(٨) أي لا مجانًا، ولا مع إعطاء أرش نقصه، لأنه استحق دوام البناء عليه بعقد لازم.

وَلَوِ انْهَدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ[١]، وَسَوَاءٌ كَانَ الإِذْنُ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولاً وَعَرْضًا، وَسَمْكِ الْجُدْرَانِ وَكَيْفِيَّتِهَا وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا[٢].

وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ[٣]، وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ[٤]، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِدًا أَوْ يَفْتَحَ كَوَّةً بِلاَ إِذْنٍ (1) [٥]، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعًا لا يَضُرُّ[٦]، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الأَجْنَبِيِّ[٧].

وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ[٨]، فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعْ[٩]، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ

....

(1) خ المغني والسراج: إلاَّ بإذنه.

---

(١) لأنه حق ثابت له.

(٢) لأن الغرض يختلف بذلك.

(٣) لأن الأرض تحمل كل شيء.

(٤) قياسًا على ما مر في جدار الأجنبي.

(٥) قياسًا على سائر الأموال المشتركة، حيث لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع بغير إذن صاحبه، لأن الحق لهما معًا.

(٦) لعدم ضرر المالك بذلك، فله أن يفعل ما ذكر وإن منع، لأنه عناد محض.

(٧) لما مر.

(٨) لتضرره بتكليفها، والضرر لا يزال بالضرر، وللحديث السابق: «لا يحل مال امرىء مسلم بغير حق».

(٩) ليصل إلى حقه بذلك وينفرد بالانتفاع به.

وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ(١).

وَلَوْ قَالَ الآخَرُ: لاَ تَنْقُضْهُ وَأَغْرَمُ لَكَ حِصَّتِي لَمْ يَلْزَمْهُ (1) إِجَابَتُهُ(٢)، وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنُقْضِهِ المُشْتَرَكِ فَلِلآخَرِ مَنْعُهُ(٣)، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنُقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ(٤)، وَلَوِ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الآخَرُ زِيَادَةً جَازَ، وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ(٥).

وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ المَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ(٦).

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا فَإِنْ اتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ

....

(1) خ ط والتحفة والنهاية والسراج: لم تلزمه.

---

(١) لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه، ولا يضر الاشتراك في الأساس فإن له حقًا في الحمل عليه.

(٢) قياسًا على ما مر في ابتداء العمارة.

(٣) قياسًا على سائر الأعيان المشتركة.

(٤) سواء تعاونا ببدنهما أم بإخراج أجرة لأنهما مستويان في العمل والجدار والعرصة، فلو شرط زيادة لأحدهما لم يصح لأنه شرط عوض من غير معوض.

(٥) أجرة له على عمله أو جعالة له على ذلك، وذلك كما لو كانا مشتركين في منزل بينهما بالنصف وانهدم، واتفقا على أن يعيده أحدهما، ويكون له الثلثان، فالسدس الزائد في نظير عمله، ولا بد أن تكون تلك الزيادة في العرصة والنقض حالاً، لأن الأعيان لا تقبل التأجيل.

(٦) لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فيكون في معنى الإجارة، فيصح بلفظها ويغتفر الجهل بقدر ذلك لتعذر معرفته، ولكن محل هذا في الماء المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه أو الحاصل إلى سطحه من المطر.

أَنَّهُمَا بَنَيَا مَعًا فَلَهُ[1] الْيَدُ[2]، وَإِلَّا فَلَهُمَا[3]، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ[4]، وَإِلَّا حَلَفَا[5]، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُمَا[6]، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ لَهُ[7]، وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَمْ يُرَجَّحْ[8].

وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوِّهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ فَيُنْظَرُ أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُوِّ فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا[9]، أَوْ لَا فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ[10].

* * *

(١) أي الأحد الذي اتصَل الجدار ببنائه.

(٢) لظهور أمارة الملك بذلك، فيحلف ويحكم له بالجدار ما لم تقم بينة بخلافه.

(٣) لعدم المرجح.

(٤) لأن البينة مقدمة على اليد.

(٥) لأن كلًا منهما مدعى عليه ويده على النصف فقبل قوله فيه، فيحلف كل منهما للآخر على النصف الذي سلمه له أن صاحبه لا يستحقه.

(٦) بظاهر اليد، فينتفع كل به مما يليه على العادة.

(٧) عملاً بيمينه لحديث الأشعث بن قيس قال: فيَّ أنزلت ــ يعني قول الله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] ــ ، كان بيني وبين رجل خصومة في شيءٍ فاختصمنا إلى النبي ﷺ، فقال: شاهداك أو يمينه، فقلت له: إنه إذًا يحلف ولا يبالي، فقال النبي ﷺ : «من حلف على يمين يستحق بها مالاً وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان».
أخرجه البخاري في الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود برقم ٢٢٦٩، فقضى له النبي ﷺ بناءً على اليمين.

(٨) لأنها أسباب ضعيفة لا تدل على الملك.

(٩) لاشتراكهما في الانتفاع به، أرضًا للأعلى وسترة للأسفل.

(١٠) لاتصاله ببنائه.

باب الحوالة(١)

يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا المحِيلِ(٢) وَالْمُحْتَالِ(٣)، لاَ المُحَالِ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ(٤)، وَلاَ تَصِحُّ (1) عَلَى مَنْ لاَ دَيْنَ عَلَيْهِ(٥)، وَقِيلَ: تَصِحُّ

. . . .

(1) خ ط: ولا يصح.

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع». أخرجه البخاري في الحوالات برقم ٢٢٨٧، ومسلم في المساقاة، باب في تحريم مطل الغني برقم ٣٣ (١٥٦٤).

(٢) لأن له إيفاء الحق من حيث شاء لكونه مرسلاً في ذمته فلم يتعين لقضائه محل معين.

(٣) لأن حقه في ذمته فلا ينتقل لغيره بغير رضاه لتفاوت الذمم، وحمل الحديث السابق: «. . . فليتبع»، وفي رواية: «فليحتل» على الاستحباب، وصرَفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات.

(٤) لأنه محل الحق والتصرّف، فهو كالرقيق المبيع، ولأن الحق للمحيل فلم يتعين استيفاؤه بنفسه بل له أن يستوفيه بغيره، كما له أن يوكل في استيفائه.

(٥) لعدم الاعتياض، بناءً على أنها في الأصل بيع ما في الذمة بما في الذمة، وهنا ليس على المحيل شيءٌ يحصل عنه عوضًا، ولا على المحال عليه شيء يجعل عوضًا عن حق المحتال.

بِرِضَاهُ[1]، وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللَّازِمِ، وَعَلَيْهِ[٢]، وَالمِثْلِيِّ، وَكَذَا المُتَقَوَّمِ فِي الأَصَحِّ[٣]، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَعَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ[٤].

وَالأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ المُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ[٥]، دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ[٦].

وَيُشْتَرَطُ العِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً[٧]، وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ [1] بِإِبِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا[٨].

وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، وَكَذَا حُلولاً وَأَجَلاً وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الأَصَحِّ[٩].

وَيَبْرَأُ بِالحَوَالَةِ المُحِيلُ عَنْ دَيْنِ المُحْتَالِ، وَالمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ

. . . .

(1) خ ط: يصح.

---

(١) بناء على أنها استيفاء لا بيع.

(٢) لأن ذلك هو الشرط في صحة الحوالة.

(٣) لثبوته في الذمة.

(٤) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه إذ هو الأصل في البيع.

(٥) لأن الدين لازم من جهة المحتال والمحال عليه مع تشوف الشارع إلى العتق.

(٦) لأن له إسقاطها متى شاء لجواز الكتابة من جهته من حيث كونها كتابة، فلا يتمكن المحتال من مطالبته وإلزامه.

(٧) لأن المجهول لا يصح بيعه إن قلنا إنها بيع، ولا استيفاؤه إن قلنا إنها استيفاء.

(٨) بناءً على جواز الاعتياض عنها وهو ضعيف، والأظهر المنع للجهل بصفتها.

(٩) إلحاقًا لتفاوت الوصف بتفاوت القدر.

الْمُحِيلِ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ[١]، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ[٢] فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ الْمُحْتَالُ فَلاَ رُجُوعَ لَهُ[٣]، وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ إِنْ شُرِطَ يَسَارُهُ[٤].

وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ فِي الأَظْهَرِ[٥]، أَوِ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْطُلْ (1) عَلَى الْمَذْهَبِ[٦].

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ، ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ[٧]، وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلاَ بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ[٨] ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ

....

(1) خ س: لم يبطل.

---

(١) حكى الهيثمي في التحفة ٥/ ٢٣٣، والرملي في النهاية ٥/ ٤٢٦ الإجماع على ذلك وقالا: لأن ذلك هو فائدتها.

(٢) لأن الحوالة بمنزلة القبض، وقبولها متضمن للاعتراف بشروطها، فكما أنه لو أخذ عوضًا عن الدين وتلف في يده لم يرجع فكذلك هنا، فلو شرط عليه الرجوع عند ذلك لم تصح الحوالة، ولأن الحوالة عقد لازم لا ينفسخ بفسخها فامتنع الرجوع.

(٣) لأنه مقصّر في ترك البحث، فأشبه ما لو اشترى شيئًا وهو مغبون فيه.

(٤) وذلك لإخلاف الشرط، ولكن رد بأنه شرط غير معتبر، وهو مقصر بترك الفحص.

(٥) لارتفاع الثمن بانفساخ البيع.

(٦) لتعلّق الحق هنا بثالث، وهو الذي انتقل إليه الثمن فلم يبطل حقه بفسخ العاقدين كما لو تصرّف البائع في الثمن ثم رد عليه المبيع بعيب لا يبطل تصرّفه.

(٧) لبطلان البيع، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري، ويبقى حقه كما كان.

(٨) لأن هذه قاعدة الحلف على النفي الذي لا يتعلق به، فيقول: والله لا أعلم حريّته.

المُشْتَرِي[١].

وَلَوْ قَالَ المُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ: وَكَّلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ المُسْتَحِقُّ: أَحَلْتَنِي، أَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي: أَحَلْتُكَ الْوَكَالَةَ، وَقَالَ المُسْتَحِقُّ: بَلْ أَرَدْتَ الحَوَالَةَ، صُدِّقَ المُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ[٢]، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ[٣].

وَإِنْ قَالَ: أَحَلْتُكَ، فَقَالَ: وَكَّلْتَنِي، صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ[٤].

* * *

(١) لبقاء الحوالة، ثم يرجع به المشتري على البائع.

(٢) لأنه أعرف بقصده، والأصل بقاء الحقين على ما كانا عليه، وبحلفه تندفع الحوالة، وبإنكار الآخر انعزل فيمتنع قبضه.

(٣) وهي ما لو قال: أردت بالحوالة الوكالة، وذلك بناءً على أن الوكالة تصح بلفظ الحوالة وهو الأصح، وفي وجه لا يصح، وعليه خرج هذا القول؛ لأن الظاهر معه، وهذا الخلاف فيما إذا كان اللفظ يحتمل الأمرين كما لو قال: أحلتك بمائة على زيد مثلاً، أما إذا قال: أحلتك بالمائة التي لك علي، بالمائة التي لي على زيد، فإن القول قول المستحق قطعًا؛ لأن ذلك لا يحتمل غير الحوالة.

(٤) لأن الأصل بقاء حقه في ذمَّة المستحق، وبحلف المستحق اندفعت الحوالة فيأخذ حقه من المستحق عليه، ويرجع هذا على المحال عليه.

باب الضمان[1]

شَرْطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ[2]، وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قوله سبحانه في شأن إخوة يوسف عليه السلام: ﴿ قَالُوا۟ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: ٧٢]، وهذا وإن كان شرعَ من قبلنا فقد جاء في شرعنا تقريره.

فعن أبـي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «العارية مؤداة، والدَّين مقضيٌّ والزعيم غارم». أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية برقم ٣٥٦٥، والترمذي في البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة برقم ١٢٦٥، وابن ماجه في الصدقات، باب العارية برقم ٢٣٩٨، وقال الترمذي: حسن غريب.

وعن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوسًا عند النبـي ﷺ إذ أتي بجنازة فقالوا: صل عليها، قال: «هل ترك شيئًا؟» قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه».

أخرجه البخاري في الحوالات، باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز برقم ٢٢٨٩.

ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً لزم غريمًا له بعشرة دنانير، فقال: «والله لا أفارقك حتى تقضيني حقي أو تأتيني بحميل، فتحمَّل بها النبـي ﷺ، فأتاه بقدر ما وعده، فقال له النبـي ﷺ : «من أين أصبت هذا الذهب؟»، قال: من معدن، قال: «لا حاجة لنا فيها، ليس فيها خير، فقضاها عنه رسول الله ﷺ».

أخرجه أبو داود في البيوع، باب في استخراج المعادن برقم ٣٣٢٨، وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة برقم ٢٤٠٥، والحاكم في المستدرك ٢/ ٣٠، وصححه على شرط البخاري ووافقه الذهبـي.

(٢) وهو صلاح الدين والمال كما تقدم، وذلك لأن الضمان تصرف مالي، فلا يصح من مجنون وصبـي ومحجور عليه بسفه لعدم رشدهم.

كَشِرَائِهِ[١]، وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الأَصَحِّ[٢]، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ[٣]، فَإِنْ عَيَّنَ لِلأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ[٤]، وَإِلَّا فَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا (1) يَكْسِبُهُ بَعْدَ الإِذْنِ[٥]، وَإِلَّا فَبِمَا يَكْسِبُهُ[٦].

وَالأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ[٧]، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ[٨]، وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا المَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا[٩]، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الأَصَحِّ[١٠].

....

(1) خ ط: وبما.

---

(١) أي فيصح في ذمته كما تقدم في بابه ص١٠٨، لأن الحجر على المال الموجود، والضمان في الذمة.

(٢) لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح.

(٣) لأن التعلق بما له، والمنع إنما كان لحقه، وليس له إكراهه عليه لأنه لا تسلط له على ذمته بخلاف بقية الاستخدامات.

(٤) عملاً بتعيينه.

(٥) قياسًا على إذنه له بالنكاح.

(٦) أي بأن لم يكن مأذونًا له في التجارة، تعلق الضمان بما يكسبه بعد الإذن لأن الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه.

(٧) لتفاوت الناس في المطالبة تشديدًا وتسهيلاً، فلا يكفي مجرد نسبه.

(٨) لظاهر حديث أبي قتادة السابق حيث لم يسأل النبي ﷺ المضمون له عن رضاهم بذلك، بل قبل منه الضمان مطلقًا، ولأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه، فلم يشترط فيه رضاه.

(٩) لظاهر الحديث السابق، ولأن قضاء دين الغير جائز بغير إذنه، فالتزامه أولى.

(١٠) قياسًا على رضاه، ولأنَّ ضمانه معروف معه، وهو يفعل مع أهله وغير أهله.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ (1): كَوْنُهُ ثَابِتًا[1]، وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ[2].

وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ[3] بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ[4]، وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيبًا أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ.

وَكَوْنُهُ لَازِمًا[5]، لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ[6].

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ فِي الأَصَحِّ[7]، وَضَمَانُ الجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ[8].

....

(1) خ ط: المضمون به كونه دينًا.

---

(١) لأنه وثيقة فلا تتقدم ثبوت الحق كالشهادة، والرهن، ولا يكفي جريان سبب وجوبه كنفقه الغد للزوجة.

(٢) لأن الحاجة قد تدعو إليه.

(٣) لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقًا ولا يظفر به، فاحتاج إلى التوثق به.

(٤) لأنه إنما يدخل في ضمان البائع أو المشتري حينئذٍ، وأما قبل القبض وكذا معه لم يتحقق ذلك.

(٥) لأن ما لم يلزم احتمالُ الفسخ فيه كبير.

(٦) لقدرة المكاتب على إسقاطها متى شاء، فلا معنى للتوثق به.

(٧) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه، فألحق باللازم.

(٨) فيصح بعد الفراغ للزومه حينئذٍ، لا قبله لجوازه مع كونه لا يؤول للزوم بنفسه بل بالعمل.

وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الجَدِيدِ[١].

وَالإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الجَدِيدِ[٢] إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ[٣]، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الأَصَحِّ[٤].

وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مَالَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ[٥]، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشَرَةٍ[٦]. قُلْتُ: الأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ[٧]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

المَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ البَدَنِ[٨]، فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ [1] مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ

....

(1) خ ط: تكفَّل ببدن.

---

(١) لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن.

(٢) لأن البراءة تتوقف على الرضا، ولا رضا يعقل مع الجهل، والقديم لا يشترط ذلك لتيسر معرفته.

(٣) لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فيغتفر في البراءة تبعًا له.

(٤) لأنها معلومة السن والعدد، ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد.

(٥) لانتفاء الغرر بذكر الغاية.

(٦) إدخالاً للطرفين في الالتزام.

(٧) إدخالاً للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام، ولترتب صحة ما بعده عليه.

(٨) للحاجة إلى ذلك، ولإطباق الناس عليه، ومستندهم في ذلك قول الله تعالى في شأن يعقوب عليه السلام: ﴿لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ﴾ [يوسف: ٦٦]، وهو إن كان شرع من قبلنا غير أنه لم ينكر في شرعنا فكان شرعًا لنا.

يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ[١]، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ[٢].

وَالمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ[٣]، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى[٤].

وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ[٥] وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ[٦] وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ[٧]، ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ وَإِلَّا فَمَكَانُهَا[٨].

---

(١) لأنه لا يعرفه، إذ هو كفيل بالبدن لا بالمال.

(٢) فلا تصح الكفالة ببدن المكاتب للنجوم التي عليه، لأنه لا يصح ضمانها كما تقدم.

(٣) لأنه حق لازم فأشبه المال.

(٤) لأنا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن، كما سيأتي في باب الحدود. وأما كفالة الأنصاري الغامدية التي أتت النبي ﷺ معترفة بالزنا، فقال لها: «حتى تضعي ما في بطنك»، فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت. كما أخرجه مسلم في الحدود برقم ٢٢ (١٦٩٥)، فليست كفالة إحضار، وإنما قام بمؤنتها ومصالحها، على حد قول الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧].

(٥) لأنه قد يستحق إحضارهما لإقامة الشهادة على صورتهما في الإتلاف وغيره.

(٦) لتوقع خلاص المحبوس، ووصول الغائب، وإن تعذر في الحال، كما يصح ضمان معسر بالمال.

(٧) لعدم العلم باسمه ونسبه، لأنه قد يحتاج لذلك، وذلك قبل الدفن لا بعده مع الأمان من التغير.

(٨) قياسًا على السلم، ولأنه هو المتبادر عند الإطلاق.

وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ[١] بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ[٢]، وَبِأَنْ يَحْضُرَ المَكْفُولُ (1)، وَيَقُولَ: سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ[٣]، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ[٤]، فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ[٥]، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ[٦]، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ[٧]، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ[٨].

وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَارُهُ[٩].

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالمَالِ[١٠]، وَأَنَّهُ لَوْ شُرِطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ المَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ[١١]، وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ (2) [١٢].

....

(1) خ ط المغني والسراج: المكفول به.

(2) خ ط: زيادة: به، وهو غلط.

---

(١) لإتيانه بما لزمه.

(٢) لعدم حصول المقصود.

(٣) قياسًا على الضامن حيث يبرأ بأداء أصل الدين.

(٤) لأنه لم يسلمه إليه ولا أخذ من جهته.

(٥) لعدم إمكانه فأشبه المعسر بالدين، ويصدق في جهله بيمينه.

(٦) لسهولة ذلك، إذا كان في مسافة القصر، وكان الطريق آمنًا.

(٧) على العادة لأنه الممكن.

(٨) لأنه مقصر.

(٩) لأنها بمنزلة غيبته المنقطعة.

(١٠) لأنه لم يلتزمه، وإنما ضمن النفس ولم يتمكن من إحضارها.

(١١) لأنه شرط ينافي مقتضاها، بناءً على أنه لا يغرم عند الإطلاق.

(١٢) لأنه مع عدم إذنه لا يلزمه الحضور معه، فتبطل فائدتها.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بالالْتِزَام [1] (١) كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ، أَوْ تَحَمَّلْتُهُ، أَوْ تَقَلَّدْتُهُ، أَوْ تَكَفَّلْتُ بِبَدَنِهِ، أَوْ أَنَا بِالْمَالِ أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَوْ كَفِيلٌ أَوْ زَعِيمٌ، أَوْ حَمِيلٌ(٢).

وَلَوْ قَالَ: أُؤَدِّي الْمَالَ أَوْ أُحْضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ(٣)، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ(٤)، وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ(٥)، وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ(٦).

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا(٧)، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا(٨)، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ(٩).

....

(1) خ المغني والسراج: بالتزام.

---

(١) ليدل على الرضا، وقياسًا على سائر الحقوق.

(٢) لثبوت بعض هذه الألفاظ بالنص كالضامن والزعيم، وقيس عليه الباقي.

(٣) لا يلزم الوفاء به، لأن الصيغة غير مشعرة بالالتزام.

(٤) لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع.

(٥) لأن المقصود منه الأداء فلا يصح تأقيتها، وكذا كفالة البدن لأن المقصود الإحضار أيضًا.

(٦) لأنه التزم بعمل في الذمة فكان كعمل الإجارة يجوز حالًّا ومؤجلًا.

(٧) لأن الضمان تبرع وتدعو الحاجة إليه فكان على حسب ما التزمه.

(٨) لتبرعه بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان.

(٩) قياسًا على ما لو التزمه الأصيل، فيثبت الأجل في حقه وحق وارثه تبعًا.

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالأَصِيلِ[١]، والأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ[٢].

وَلَوْ أَبْرَأَ الأَصِيلَ بَرِئَ الضَّامِنُ[٣]، وَلَا عَكْسَ[٤].

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ[٥] دُونَ الآخَرِ[٦].

وَإِذَا طَالَبَ المُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ[٧]، والأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ[٨]، وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالأَدَاءِ[٩]، وَإِنْ انْتَفَى فِيهِمَا فَلَا[١٠].

---

(١) أما الضامن فلحديث أبي أمامة السابق رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «العارية مؤداة والدين مقضي، والزعيم غارم». وأما الأصيل فلبقاء الدين عليه.

(٢) لمخالفة الشرط المقتضى الضمان.

(٣) لسقوط الحق.

(٤) لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن.

(٥) لوجود سبب الحلول في حقه.

(٦) لعدم وجوده في حقه، فهو يرتفق بالأجل.

(٧) لأنه الذي أوقعه في المطالبة، لكن ليس له حبسه وإن حبس هو ولا ملازمته.

(٨) قياسًا على عدم غرمه قبل أن يغرم.

(٩) لصرفه مالَهُ لغرض الغير بإذنه.

(١٠) لأنه متبرع، إذ لو كان له الرجوع ما صلّى رسول الله ﷺ على الميت بضمان أبي قتادة رضي الله عنه.

وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ رَجَعَ فِي الأَصَحِّ(١)، وَلاَ عَكْسَ فِي الأَصَحِّ(٢).

وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ إِلاَّ بِمَا غَرِمَ(٣).

وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلاَ ضَمَانٍ وَلاَ إِذْنٍ فَلاَ رُجُوعَ(٤)، وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ(٥)، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقًا فِي الأَصَحِّ(٦)، وَالأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لاَ تَمْنَعُ [1] الرُّجُوعَ(٧).

ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَا بِالأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلاً وَامْرَأَتَيْنِ(٨)، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الأَصَحِّ(٩)، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلاَ رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ(١٠)، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي

....

(1) خ س ب: لا يمنع.

---

(١) لأنه أذن في سبب الغرم.

(٢) لأن الغرم بالضمان ولم يأذن فيه.

(٣) لأنه الذي بذله.

(٤) لتبرعه.

(٥) وفاء بالشرط.

(٦) للعرف كما لو قال: اعلف دابتي، ولكن ذلك إذا أدى بغير قصد التبرع وإلاَّ فلا.

(٧) لأن مقصود الآذن أن يبرىء ذمته. وقد فعل فيرجع بالأقل.

(٨) لثبوت الحق بذلك.

(٩) لأن ذلك حجة، فتكفي في إثبات الأداء.

(١٠) لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصر بترك الإشهاد.

الأَصَحِّ[١]، فَإِنْ[1] صَدَّقَهُ المَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ[٢].

* * *

....

(1) خ ط: وإن.

---

(١) لأنه لم ينتفع بأدائه، إذ المطالبة باقية.

(٢) لسقوط الطلب في الأولى بإقرار ذي الحق، وعلم الأصيل بالأداء في الثانية، وإذا عاد عليه كان التفريط منه حيث لم يحتط لنفسه بتركه الإشهاد.

كتاب الشـركة[1]

هِيَ أَنْوَاعٌ: شَرِكَةُ الأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الحَمَّالِينَ وَسَائِرِ المُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوِ اخْتِلَافِهَا[2].

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١]، فجعل الخمس مشتركًا بين الغانمين.
وقوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، فجعل الميراث مشتركًا بين الأولاد.
وقوله جل شأنه: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ...﴾ [التوبة: ٦٠]، فجعل الصدقة مشتركة بين الأصناف الثمانية.
وقوله سبحانه: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٤]، والخلطاء هم الشركاء.
ومن السنَّة أحاديث منها حديث أبـي موسى رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قلّ طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية فهم مني، وأنا منهم». أخرجه البخاري في الشركة، باب الشركة في الطعام برقم ٢٤٨٦، ومسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل الأشعريين برقم ٢٥٠٠.
وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه لأنس فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ وكان فيه: «وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية». أخرجه البخاري في الباب السابق برقم ٢٤٨٧، والخليطان هما الشريكان، وأحاديث أخرى كثيرة في الباب.

(٢) وهي باطلة لما فيها من الغرر والجهالة، إذ لا يدري أحد أن صاحبه يكسب أم لا، =

وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ(١).

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا، فَإِذَا بَاعَا كَانَ الْفَاضِلُ عَنِ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا(٢)، وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ(٣).

وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ(٤)، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الإِذْنِ فِي

= ولأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ويكون الدر والنسل بينهما ولعدم المال فيها، ولما فيها من الشروط الباطلة. وفي الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، أخرجه البخاري في المكاتب برقم ٢٥٦١، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ١٥٠٤.

(١) وهي باطلة لاشتمالها على أنواع من الغرر، قال الإمام الشافعي في الأم ٤/ ٢٣١: «شركة المفاوضة باطلة، ولا أعرف شيئًا من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة». اهـ أشار بذلك إلى كثرة الجهالات والغرر فيها، ولحديث عائشة رضي الله عنها السابق. قال رضي الله عنه: إلاَّ أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح، يعني شركة عنان كما سيأتي بيانه، فهذا لا بأس به. اهـ.

(٢) وهي باطلة لعدم المال المشترك فيها الذي يرجع إليه عند انفساخ العقد فكل من اشترى شيئًا فهو له، له ربحه وعليه غرمه.

(٣) لما مر ذكره.

(٤) للإجماع على ذلك كما نقلاه في التحفة ٥/ ٢٨٣، والنهاية ٥/ ٥، ولسلامتها من سائر أنواع الغرر، وهي مأخوذة من عنان الدابة، لاستوائهما في التصرف كاستواء طرفي العنان، أو من عنان السماء، أي ما ظهر منها. سميت به لأنها علت =

التَّصَرُّفِ[1]، فَلَوِ اقْتَصَرَ عَلَى اشْتَرَكْنَا لَمْ يَكْفِ فِي الأَصَحِّ[2]، وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ[3]، وَتَصِحُّ (1) فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ[4] دُونَ الْمُتَقَوِّمِ[5]، وَقِيلَ: تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ[6].

وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لاَ يَتَمَيَّزَانِ[7]، وَلاَ يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلاَفِ جِنْسٍ[8]، أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ[9] هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا.

....

(1) خ ط: ويصح.

= كالسحاب بصحتها وشهرتها وحقيقتها أن يشتركا في مال لهما ليتجرا فيه والربح والخسارة على قدر المالين.

(١) لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه إلاَّ بإذن صاحبه، ولا يعرف الإذن إلاَّ بصيغة تدل عليه.

(٢) لقصور اللفظ عنه، إذ يحتمل الإخبار عن وقوع الشركة في المال فقط ولا يلزم من حصولها جواز التصرُّف، ومن ثم لو نوياه جاز.

(٣) لأن كلاًّ منهما وكيل عن صاحبه وموكل له، أما إذا تصرَّف أحدهما فقط فيشترط فيه أهلية التوكيل، وفي الآخر أهلية التوكّل.

(٤) إجماعًا في النقد كما في التحفة ٥/٢٨٦، والنهاية ٥/٧، وعلى الأصح في المغشوش الرائج لأنه باختلاطه يرتفع تميزه كالنقد.

(٥) لتعذّر الخلط في المتقومات، لأنها أعيان متميزة، وحينئذٍ تتعذّر الشركة؛ لأن بعضها قد يتلف فيذهب على صاحبه وحده.

(٦) قياسًا على القراض الآتي بيانه ص ٢٣١.

(٧) لتعذّر إثبات الشركة مع التميز.

(٨) لإمكان التمييز وإن عسر.

(٩) للعلة السابقة.

فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلآخَرِ فِي التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتِ الشَّرِكَةُ[١].

وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلٌّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ[٢].

وَلاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرَ المَالَيْنِ[٣]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ[٤]، وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلاَ ضَرَرٍ[٥] فَلاَ يَبِيعُ نَسِيئَةً، وَلاَ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَلاَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ، وَلاَ يُسَافِرُ بِهِ وَلاَ يُبْضِعُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ[٦].

وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَى شَاءَ[٧]، وَيَنْعَزِلاَنِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: عَزَلْتُكَ أَوْ لاَ تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلِ الْعَازِلُ[٨]، وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ[٩].

---

(١) لحصول المعنى المقصود بالخلط.

(٢) لأن هذا أبلغ في الاشتراك من خلط المالين، لأن ما من جزء منهما إلاَّ وهو مشترك بينهما، وهناك وإن وجد الخلط فمالُ كل واحد ممتاز عن الآخر.

(٣) لأنه لا محذور فيه إذ الربح والخسران على قدر المالين.

(٤) لأن الحق لهما لا يعدوهما.

(٥) قياسًا على الوكيل بأن تكون فيه مصلحة، وإن لم تكن فيه غِبطة.

(٦) هذا قيد في الكل، وذلك لما مر من أنها تجري مجرى الوكالة، إذ كل واحد منهما وكيل وموكل.

(٧) لأنها من العقود الجائزة كالوكالة.

(٨) لأنه لم يمنعه أحد من التصرّف في نصيب المعزول، بخلاف المخاطب.

(٩) لما مر أنها كالوكالة، فتبطل بالموت ونحوه كالجنون والإغماء لبطلان تصرفه.

وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا[١]، فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ فَسَدَ الْعَقْدُ[٢] فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ[٣]، وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ[٤]، وَالرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ[٥].

وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالخُسْرَانِ وَالتَّلَفِ[٦]، فَإِنِ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ[٧]، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلَفِ بِهِ[٨].

وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ المَالُ: هُوَ لِي، وَقَالَ الآخَرُ: مُشْتَرَكٌ، أَوْ بِالْعَكْسِ صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ[٩]، وَلَوْ قَالَ: اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي صُدِّقَ المُنْكِرُ[١٠]، وَلَوِ اشْتَرَى وَقَالَ: اشْتَرَيْتُهُ لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الآخَرُ صُدِّقَ المُشْتَرِي[١١].

* * *

(١) لأن ذلك هو ثمرتها.

(٢) لمنافاته لوضع الشركة.

(٣) قياسًا على القراض إذا فسد.

(٤) لوجود الإذن.

(٥) رجوعًا للأصل إذ هو مستفاد منهما.

(٦) لأنه نائب عن شريكه في الحفظ فكان الهالك في يده كالهالك في يد المالك.

(٧) لسهولة إقامة البينة عليه.

(٨) بيمينه؛ لوجود القرينة الظاهرة التي قامت عليها البينة.

(٩) بيمينه؛ لدلالة اليد على الملك الموافق لدعواه به.

(١٠) لأن الأصل عدم القسمة.

(١١) بيمينه؛ لأنه أعرف بقصده.

كتاب الوكالة(١)

شَرْطُ المُوَكِّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلاَيَةٍ(٢)، فَلاَ يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلاَ مَجْنُونٍ(٣) وَلاَ الْمَرْأَةِ [1] وَالمُحْرِمِ فِي النِّكَاحِ(٤)، وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ

. . . .

(1) خ ب ط: ولا المُحرم.

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع آيات من كتاب الله تعالى منها قوله سبحانه: ﴿۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا﴾ [التوبة: ٦٠]، فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم.

ومن السنة أحاديث كثيرة منها ما جاء «أنه ﷺ أعطى عروة البارقي دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار فجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه».

أخرجه البخاري في علامات النبوة برقم ٣٦٤٢، وأبو داود في البيوع، باب في المضارب يخالف برقم ٣٣٨٤، والترمذي في البيوع برقم ١٢٥٨، والأحاديث في الباب كثيرة.

ولأن الحاجة داعية إليها، فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها.

(٢) لأنه إذا لم يقدر على التصرف والمباشرة لنفسه فلغيره أولى.

(٣) وكذا مغمى عليه وسفيه، لأنهم إذا عجزوا عن تعاطي ما وكلوا فيه فنائبهم أولى.

(٤) أما المرأة فإنها لا تزوج نفسها ولا غيرها لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها»، قال: «وكنا =

الطِّفْلِ[1]، وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الأَعْمَى [1] فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ[2].

وَشَرْطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ[3]، لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ[4] وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ[5]، لَكِنِ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي الإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيْصَالِ هَدِيَّةٍ[6]، وَالأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ[7] وَمَنْعُهُ فِي الإِيجَابِ[8].

....

(1) خ ط: أعمى.

= نقول: التي تزوج نفسها هي الزانية». أخرجه الدارقطني في السنن ٣/ ٢٢٧، وابن ماجه في النكاح برقم ١٨٨٢، والبيهقي في الكبرى ٧/ ١١٠، وصححه ابن الملقن في التحفة ٢/ ٣٦٤، والأحاديث في معناه كثيرة.

وأما المحرم فلحديث عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يَنكِح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب». أخرجه مسلم في النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته برقم ٤١ (١٤٠٩).

(١) لأن له الولاية عليه، وفائدة توكيله عنه أنه لو بلغ رشيدًا لم ينعزل الوكيل بخلاف ما لو كان وكيلاً عن الولي.

(٢) مع عدم صحتهما منه للضرورة.

(٣) لأنه إذا عجز عنه لنفسه كيف يستطيعه لغيره، لأن تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره، فإذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه بالأولى.

(٤) لسلب ولايتهم، ومثلهما المغمى عليه والنائم والمعتوه.

(٥) لسلب عبارتهما فيه.

(٦) لاعتماد السلف عليه في ذلك من غير خلاف.

(٧) لأنه لا ضرر على السيد فيه، فيصح ولو بغير إذنه.

(٨) لأنه إذا امتنع عليه تزويج بنته فبنت غيره أولى.

وَشَرْطُ المُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ المُوَكِّلُ[1]: فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا بَطَلَ فِي الأَصَحِّ[2].

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلاً لِلنِّيَابَةِ[3]، فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ[4] إِلاَّ الحَجَّ، وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ، وَذَبْحَ أُضْحِيَةٍ[5].

---

(١) لأنه إذا لم يملكه كيف يأذن فيه.

(٢) لأنه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه، فكيف يستنيب فيه غيره.

(٣) لأن الوكالة إنابة، فما لا يقبلها كاستيفاء حق القسم بين الزوجات لا يقبل التوكيل.

(٤) وإن لم تتوقف على نية، لأن القصد امتحان عين المكلف بإتعاب النفس.

(٥) لأدلة قامت على ذلك، أما الحج فلحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة سألت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن فريضة الله على عباده أدركت أبي شيخًا كبيرًا لا يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: «نعم».
أخرجه البخاري في الحج، باب وجوب الحج وفضله برقم ١٥١٣، ومسلم في الحج، باب الحج عن العاجز برقم ٤٠٧ (١٣٣٤).
وأما تفرقة الزكاة فلما ثبت في غير ما حديث أنه ﷺ كان يبعث السعاة لأخذ الزكاة وصرفها على أصنافها، انظر إرواء الغليل ٣/٣٦٣ ـ ٣٦٧، وكما في حديث معاذ رضي الله عنه حين بعثه إلى اليمن، وقال له: «... فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم زكاة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم...»، وقد تقدم ص ١٤٧.
قالوا: وإنما جاز التوكيل فيها مع أنها عبادة، لأنها تشبه قضاء الديون، ولأنه قد تدعو الحاجة إلى الوكالة لغيبة المال وغير ذلك.
وأما الأضحية فلما ثبت من حديث جابر رضي الله عنه أنه ﷺ في حجة الوداع نحر ثلاثًا وستين بيده، ثم أعطى عليًا فنحر ما غَبَر ـ يعني تمام المائة ـ وأشركه في هديه، كما أخرجه مسلم في الحج برقم ١٤٧ (١٢١٨)، وفي البخاري من حديث علي رضي الله عنه قال: «بعثني النبي ﷺ فقمت على البُدن، فأمرني عليه الصلاة =

وَلَا فِي شَهَادَةٍ(١) وَإِيلَاءٍ(٢) وَلِعَانٍ(٣) وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ(٤)، وَلَا فِي الظِّهَارِ [1] فِي الْأَصَحِّ(٥).

وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ، وَهِبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ(٦) وَالْفُسُوخِ(٧)، وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى

....

(1) خ ب ط: ظهار.

= والسلام فقسمت لحومها، ثم أمرني فقسمت جلالها وجلودها». أخرجه في الحج، باب لا يُعطِي الجزار من الهدي شيئًا برقم ١٧١٦.

(١) لأن مبناها على التعبد واليقين الذي لا تمكن النيابة فيه، ولأن الاحتياط فيها واجب فلم يقم غير لفظها مقامها، فألحقت بالعبادة، ولأن الحكم منوط بعلم الشاهد وهو غير حاصل للوكيل.

(٢) لأنه حَلِفٌ بالله تعالى، واليمين لا تدخلها النيابة.

(٣) لأنه يمين أو شهادة، والنيابة لا تصح في واحد منهما.

(٤) لأن القصد فيها تعظيمه سبحانه وتعالى فأشبهت العبادة.

(٥) لأنه منكر ومعصية، أو لكون المغلب فيه معنى اليمين لتعلقه بألفاظ وخصائص كاليمين.

(٦) للنص على ذلك في النكاح والشراء، وقيس عليهما غيرهما ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح. أما النص في النكاح فما أخرجه مالك مرسلاً «أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ، ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج». أخرجه في الموطأ، كتاب الحج، باب نكاح المحرم ١/ ٢٥٣، وإسناده صحيح لكنه مرسل.

وأما النص في الشراء، فما تقدم من حديث عروة البارقي رضي الله عنه ص ١٥٩.

وقيس عليهما بقية العقود.

(٧) لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ففي فسخها أولى.

وَالجَـوَابِ[١]، وَكَـذَا فِـي تَمَلُّـكِ المُبَـاحَـاتِ كـالإِحْيَـاءِ وَالاِصْطِيَـادِ وَالاحْتِطَابِ فِي الأَظْهَرِ[٢]، لاَ فِي إِقْرَارٍ [1] فِي الأَصَحِّ[٣].

وَيَصِـحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ[٤]، وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ[٥].

وَلْيَكُنْ المُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ[٦]، وَلاَ يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ[٧]، فَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، أَوْ فِي [2] كُلِّ

....

(1) خ التحفة والمغني والسراج: الإقرار.

(2) خ ب: وفي.

---

(١) لعموم الحاجة إلى ذلك.

(٢) لأنها أحد أسباب التملك، فأشبهت الشراء، بجامع أن كلاً سبب للملك، ويحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل به.

(٣) لأنه إخبار عن حق فلم يقبل التوكيل كالشهادة.

(٤) لحديث أبـي هريرة رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «واغد يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها». كما أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود برقم ٢٣١٤، ولحديث عقبة بن الحارث قال: «جيء بالنُّعيمان، أو قال ابن النعيمان شاربًا فأمر رسول الله ﷺ من كان في البيت أن يضربوه، قال: فكنت أنا فيمن ضربه فضربناه بالنعال والجريد». أخرجه البخاري في الباب السابق برقم ٢٣١٦، وقياسًا على سائر الحقوق.

(٥) لاحتمال العفو في الغيبة، ورد بأن احتمال عفوه كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا ثبت الحد ببينة، فلا يمنعه الاستيفاء في غيبتهم اتفاقًا.

(٦) لئلا يعظم الغرر.

(٧) لأنها إنما جوزت للحاجة وذلك يقتضي المسامحة فيها، فيكفي أن يكون معلومًا من وجه يقل معه الغرر للوكيل.

أُمُورِي، أَوْ فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ لَمْ يَصِحَّ[(١)]، وَإِنْ قَالَ: فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي صَحَّ[(٢)]، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ[(٣)]، أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ المَحِلَّةِ وَالسِّكَّةِ[(٤)]، لاَ قَدْرِ الثَّمَنِ فِي الأَصَحِّ[(٥)].

وَيُشْتَرَطُ مِنَ المُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا، أَوْ فَوَّضْتُهُ إِلَيْكَ، أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ[(٦)]، فَلَوْ قَالَ: بِعْ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الإِذْنُ[(٧)].

وَلاَ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا[(٨)]، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ[(٩)]، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ[(١٠)]، دُونَ صِيَغِ الأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ[(١١)].

---

(١) لأن فيه غررًا عظيمًا لا ضرورة لاحتماله، وذلك أن يدخل فيه ما لا يسمح الموكل ببعضه كطلاق زوجاته والتصدق بأمواله، فيعظم الضرر ويكثر الغرر.

(٢) وإن لم تكن معلومة، لأن الغرر فيه قليل.

(٣) لاختلاف الأغراض في ذلك، ولا يغني عنه ذكر الجنس كعبد، ولا الوصف كأبيض مثلاً.

(٤) لاختلاف الغرض بذلك أيضًا.

(٥) لأنَّ غرضه قد يتعلق بواحد من النوع، من غير نظر لخسته ونفاسته.

(٦) قياسًا على اشتراط الإيجاب في سائر العقود وذلك لأن الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره إلاَّ برضاه.

(٧) لأنه أبلغ من الإيجاب.

(٨) لأن التوكيل إباحة ورفع حجر فأشبه إباحة الطعام، فلا يشترط إلاَّ أن لا يرد وإن أكرهه الموكل، ولا يشترط الفور، ولا المجلس.

(٩) قياسًا على غيره من المعقود، لأنه تمليك للتصرف.

(١٠) قياسًا على الإيجاب وهو «وكلتك».

(١١) لأنها إباحة.

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ فِي الأَصَحِّ[١]، فَإِنْ نَجَّزَهَا، وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا جَازَ[٢]، وَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ وَمَتَى عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي صَحَّتْ فِي الحَالِ فِي الأَصَحِّ[٣]، وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا[٤]، وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيقِ الْعَزْلِ[٥].

فَصْلٌ

الوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ[٦]، وَلَا بِنَسِيئَةٍ[٧] وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ، وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا[٨]، فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الأَنْوَاعِ وَسَلَّمَ المَبِيعَ ضَمِنَ[٩]، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ الأَجَلَ فَذَاكَ[١٠]، وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الأَصَحِّ، وَحُمِلَ عَلَى المُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ[١١].

---

(١) قياسًا على سائر العقود.

(٢) لأن الوكالة نافذة وإنما علق التصرف، فليس له أن يتصرف حتى يتحقق شرطه، وحكى الرملي في النهاية ٥/ ٢٩، وابن حجر في التحفة ٥/ ٣١٢ الاتفاق عليه.

(٣) لأن الإذن قد وجد منجزًا.

(٤) لأنه علقها ثانيًا بالعزل، والأصح عدم العود لفساد التعليق.

(٥) أصحهما عدم صحته، أخذًا من تصحيحه في تعليقها.

(٦) لدلالة القرينة العرفية عليه.

(٧) لأن المعنيَّ غالبًا الحلول فحمل على الغالب، ولما في النسيئة من المخاطرة.

(٨) لأن النفوس تشح به بخلاف اليسير.

(٩) لتعديه بتسليمه ببيع باطل.

(١٠) أي بيعه بالأجل المقدر ظاهر، لأنه عمل بمقتضى الإذن، وله أن ينقص منه ما لم ينه عنه، أو يترتب عليه ضرر.

(١١) حملاً للمطلق على المعهود، فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله.

وَلاَ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ (1) الصَّغِيرِ[١]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لأَبِيهِ وابْنِهِ الْبَالِغِ[٢].

وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ وَتَسْلِيمُ المَبِيعِ[٣]، وَلاَ يُسَلِّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ[٤]، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ[٥].

وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ لاَ يَشْتَرِي مَعِيبًا[٦]، فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ وَقَعَ عَنِ المُوَكِّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ[٧]، وَإِنْ عَلِمَهُ فَلاَ فِي الأَصَحِّ[٨]، وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهِ لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ[٩]، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَعَ فِي الأَصَحِّ[١٠]، وَإِذَا وَقَعَ

....

(1) خ ط: ولا لولده.

---

(١) لئلا يلزم منه اتحاد القابض والمقبض، لما في ذلك من عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد، ولأن ذلك ينافي غرضي الاسترخاص للنفس والولد، والاستقصاء للوكيل. فلا يجوز لذلك وإن أذن له وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة.

(٢) لانتفاء العلة السابقة، المانعة من الصحة، ولانتفاء التهمة، إذ هو باع بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لصح فلا تهمة حينئذٍ.

(٣) لأنهما من مقتضيات البيع.

(٤) لخطر التسليم قبله.

(٥) قيمته، لتعديه، وإن كان الثمن أكثر منها.

(٦) لأن الإطلاق يقتضي السلامة.

(٧) لأنه لم يخالف ولم يقصر، ولا ضرر هناك إذ يتمكن البائع من الرد بالعيب.

(٨) لأنه غير مأذون فيه عرفًا.

(٩) أي لم يقع عن الموكل إن علمه الوكيل لتقصيره، إذ قد يتعذر الرد فيتضرر.

(١٠) لعذر الوكيل بجهله مع اندفاع الضرر بثبوت الخيار له.

لِلْمُوَكِّلِ فَلِكُلٍّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالمُوَكِّلِ الرَّدُّ(١).

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ (1) أَنْ يُوَكِّل بِلاَ إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ(٢)، وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لاَ يُحْسِنُهُ أَوْ لاَ يَلِيقُ بِهِ فَلَهُ التَّوْكِيلُ(٣)، وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ الإِتْيَانِ بِكُلِّهِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى المُمْكِنِ(٤).

وَلَوْ أَذِنَ فِي التَّوْكِيلِ وَقَالَ: وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ (2) فالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ(٥)، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ(٦)، وَإِنْ قَالَ: (3)عَنِّي فَالثَّانِي وَكِيلُ المُوَكِّلِ(٧)، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ(٨).

قُلْتُ: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لاَ يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ وَلاَ يَنْعَزِلُ

....

(1) خ ط والتحفة المغني والسراج: للوكيل.

(2) خ ط: ففعله.

(3) خ النهاية والمغني والسراج: وكل عنّي.

---

(١) أما الموكِّل فلأنه المالك والضرر به لاحق، وأما الوكيل فلأنه لو منع لربما لا يرضى به الموكل، فيتعذر الرد لكونه فوريًا فيقع للوكيل فيتضرر به.

(٢) لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره، ولا ضرورة لذلك، وقياسًا على المودَع، فإنه لا يودع.

(٣) عن موكله دون نفسه، لأن التفويض لمثله إنما يقصد به الاستنابة.

(٤) لأنه المضطر إليه بخلاف الممكن.

(٥) عملاً بإذن الموكل فللموكل عزله متى شاء.

(٦) لأنه نائبه، والتابع له حكم متبوعه.

(٧) لأنه مقتضى الإذن.

(٨) لأن توكيله للثالث تصرف تعاطاه بإذن الموكل، فوجب أن يقع عنه.

بِانْعِزَالِهِ[١]، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِينًا[٢] إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكِّلُ غَيْرَهُ[٣]، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفُسِّقَ لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ[٤]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

قَالَ: بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنٍ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ[٥]، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ، إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ[٦]، وَإِنْ قَالَ: بِعْ بِمِائَةٍ لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ[٧]، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ[٨] إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِالنَّهْيِ[٩].

وَلَوْ قَالَ: اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصِّفَةِ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَارًا لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ[١٠]،

---

(١) لأنه ليس وكيلاً عنه.

(٢) رعاية لمصلحة الموكل، إذ الاستنابة عن الغير شرطها المصلحة، والكفاءة.

(٣) فيتبع تعيينه عملاً بإذنه.

(٤) لأنه أذن له في التوكيل دون العزل.

(٥) أما الشخص فلأنه قد يقصد تخصيصه بتلك السلعة، وربما كان مالُه أبعد عن الشبهة، وأما الزمان فلأن احتياجه إلى البيع قد يكون فيه خاصة.

(٦) ولم ينهه عن غيره، لأن تعيينه حينئذٍ اتفاقي، وردَّ بمنع أن يكون اتفاقيًا لأن الأغراض أمرها خفي، فوجب التقيد بنص الآذن.

(٧) ولو كان قليلاً، لأن في ذلك مخالفة لإذن الموكل.

(٨) لأن المفهوم من تقديرها عرفًا امتناع النقص عنها فقط.

(٩) لأن النطق أبطل حق العرف، وكذا لو عين الشخص كبع كذا من زيد، فليس له الزيادة، لأن تعيينه دال على محاباته.

(١٠) لفوات ما وكل فيه، وعدم تحصيل غرضه.

وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ فَالأَظْهَرُ الصِّحَّةُ. وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ(١).

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ(٢)، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الأَصَحِّ(٣)، وَمَتَى خَالَفَ المُوَكِّلُ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوِ الشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ(٤).

وَلَوِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ المُوَكِّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ(٥)، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ: بِعْتُكَ فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ(٦)، وَإِنْ قَالَ: بِعْتُ مُوَكِّلَكَ زَيْدًا، فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ لَهُ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ(٧).

---

(١) لحديث عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاء بدينار وشاة... الحديث وقد تقدم أول الباب.
ولأنه قد حصل غرضه وزاد خيرًا.

(٢) لمخالفته، إذ أمره بعقد ينفسخ بتلف المدفوع حتى لا يطالب الموكل بغيره فأتى بضده الذي لا ينفسخ بتلفه ويطالب بغيره.

(٣) لمخالفته أيضًا، إذ أمره بعقد لا ينفسخ بتلف المدفوع، فأتى بما ينفسخ بتلفها.

(٤) لأن الموكل لم يأذن فيه، ولم يرض بخروج ملكه عن ذلك الوجه.

(٥) وإن نوى الموكل، لأن الخطاب وقع منه، والنية لا تؤثر مع مخالفة الإذن، لأنه إنما يتصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقًا لإذنه، فإن خالف لغت نيته.

(٦) لمخالفة الإيجابِ القبولَ، ولأن التسمية غير معتبرة للصحة، فإذا وقعت مخالفة للإذن من غير عذر لغت، وصار كأنه لم يسمه.

(٧) لأنه لم يجر بين المتبايعين مخاطبة، وإنما كان ذكره متعينًا في النكاح لأن الوكيل فيه سفير محض إذ لا يمكن وقوعه له بحال.

وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ[1] أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ[1] فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ[2] وَلاَ يَنْعَزِلُ فِي الأَصَحِّ[3].

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ، فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرِطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ[4].

وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ[5]، وَإِلاَّ فَلاَ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا[6]، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ: لاَ أَعْلَمُهَا[7]، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا طَالَبَهُ أَيْضًا فِي الأَصَحِّ

....

(1) سقطت كلمة: يد، من خ س.

---

(١) لأن يده نائبة عن الموكل فكانت يده كيده، ولأنه عقد إحسان والضمان منفِّر عنه.

(٢) قياسًا على سائر الأمناء.

(٣) لأن الأمانة حكم من أحكام الوكالة فلا يلزم من ارتفاعه بطلانها، بخلاف الوديعة فإنها محض ائتمان فارتفعت بالتعدي، إذ لا يمكن مجامعتها له.

(٤) لأن الوكيل هو العاقد حقيقة، بدليل استغنائه عن إضافة العقد إلى الموكل وله الفسخ بخيار المجلس أو خيار الشرط، دون خيار العيب، وإن أجاز الموكل. أما خيار العيب فليس للوكيل أن يفسخه إن رضيه المالك، لأنه لدفع الضرر عن المالك، فإذا رضيه سقط حق الخيار.

(٥) لتعلق أحكام العقد به، وللعرف السائد في ذلك، وله مطالبة المالك أيضًا لأنه المالك.

(٦) لأنه ليس في يده، وحق البائع مقصور عليه.

(٧) لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه، إذا العقد وقع معه.

كَمَا يُطَالِبُ المُوَكِّلَ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ[١].

وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ المُشْتَرِي، وَإِنِ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الأَصَحِّ[٢]، ثُمَّ يَرْجِعُ[1] الْوَكِيلُ عَلَى المُوَكِّلِ[٣].

قُلْتُ: وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى المُوَكِّلِ ابْتِدَاءً فِي الأَصَحِّ[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ[٥] فَإِذَا عَزَلَهُ المُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ أَوْ قَالَ: رَفَعْتُ الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتُهَا أَوْ أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا انْعَزَلَ[٦]. فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ انْعَزَلَ فِي الحَالِ[٧]، وَفِي

. . . .

(1) خ ط: ثم رجع.

---

(١) لأن العقد وإن وقع للموكل، لكن الوكيل فرعه ونائبه ووقع العقد معه فلذلك جازت مطالبتهما.

(٢) لدخوله في ضمانه بقبضه له، وتلفه في يده. فيرجع عليه ببدل الثمن لذلك.

(٣) لأنه غره فيرجع عليه بما غرمه، ومحل هذا ما لم يكن منصوبًا من جهة الحاكم.

(٤) لأن الوكيل مأمور من جهته، فهو سفيره، ويده كيده، وإذا غرم لا يرجع به على الوكيل لأن قرار الضمان عليه.

(٥) لأن لزومها قد يضرهما، إذ قد يظهر للموكل مصلحة العزل، إمّا لتوكيل غيره، أو لرجوعه عن العمل من أساسه، وقد يظهر للوكيل ما يمنعه من العمل.

(٦) لدلالة كل من الألفاظ المذكورة عليه صراحة.

(٧) لأنه رفع عقد لا يعتبر فيه الرضا فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق، وقياسًا على ما لو =

قوْل: لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الخَبَرُ[1].

وَلَوْ قَالَ: عَزَلْتُ نَفْسِي أَوْ رَدَدْتُ الْوَكَالَةَ انْعَزَلَ[2].

وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ[3]، وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي الأَصَحِّ[4]، وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ المُوَكِّلِ[5].

وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي الإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ[6]، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ انْعَزَلَ[7]، وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا أَو صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ: وَكَّلْتَنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوِ الشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ، فَقَالَ: بَلْ نَقْدًا أَوْ بِعَشَرَةٍ، صُدِّقَ المُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ[8].

= وكل وهو غائب، ولكن ينبغي للموكل الإشهاد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل.

(١) قياسًا على القاضي حيث لا ينعزل حتى يبلغه الخبر، ورد بأن القاضي تتعلق به المصالح الكلية، فلو انعزل قبل بلوغ الخبر عظم ضرر الناس بنقض الأحكام وفساد الأنكحة بخلاف الوكيل.

(٢) لدلالة هذا اللفظ على العزل، ولا يشترط علم الموكل لما مر أن ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم، ودلالة اللفظ هنا صريحة.

(٣) لأنه لو قارن الإيجاب منع الانعقاد فإذا طرأ أبطله، فتفسخ به الوكالة وإن لم يعلم الآخر به، ولو قصرت مدة الجنون.

(٤) إلحاقًا له بالجنون.

(٥) لاستحالة بقاء الولاية والحالة هذه، ولو عاد إلى ملكه لم تعد الوكالة.

(٦) لعذره في ذلك.

(٧) لأن الجحد حينئذٍ رد لها، والموكل في إنكارها كالوكيل فيما مر.

(٨) حيث لا بينة، لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل، ولأن الموكل أعرف بحال =

وَلَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ المُوَكِّلَ أَمَرَهُ، فَقَالَ: بلْ بعَشَرَةٍ وَحَلَفَ، فَإِنِ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ المُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ، أَوْ قَالَ [1] بَعْدَهُ: اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ وَالمَالُ لَهُ، وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ(١)، وَإِنْ كَذَّبَهُ [2] (٢) حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوِكَالَةِ، وَوَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ(٣)، وَكَذَا إِنِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ المُوَكِّلَ(٤)، وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الأَصَحِّ(٥)، وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشِّرَاءُ(٦).

وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالمُوَكِّلِ

....

(1) خ المغني والسراج: وقال.

(2) نسخ الشروح بتخفيف الذال.

= الإذن الصادر منه، وهذا فيما إذا كان بعد التصرف أما قبله فلا فائدة في الخصومة، لأنه إذا ادعى عليه فأنكر الموكل الوكالة انعزل، فلا حاجة لقبول قوله بيمينه.

(١) لأنه ثبت بتسمية الوكيل في الأولى، وتصديق البائع أو البينة في الثانية أن المال والشراء لغير العاقد، وثبت بيمين ذي المال عدم إذنه في الشراء بذلك القدر، فيبطل الشراء، وحينئذٍ فالجارية لبائعها، وعليه رد ما أخذه للموكل.

(٢) أي البائع.

(٣) عملاً بظاهر الحال، ويسلم للبائع الثمن المعين، ويرد للموكل بدله.

(٤) بأن نواه فقط وكذبه البائع فيحلف، ويكون الشراء للوكيل إذ ليس معه دليل على كونه للموكل.

(٥) فيكون للوكيل عملاً بمقتضى الأصل وهو ثبوت يده عليه، فلم تقبل دعواه أنه للغير بما يبطل به حق البائع.

(٦) لاتفاقهما على أنه للمسمى، وقد ثبت بيمينه أنه لم يأذن فيه بالثمن المذكور.

لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ: إِنْ كُنْتُ أَمَرْتُكَ بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا(١)، وَيَقُولُ هُوَ: اشْتَرَيْتُ لِتَحِلَّ لَهُ(٢).

وَلَوْ قَالَ: أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ المَأْذُونِ فِيهِ، وَأَنْكَرَ المُوَكِّلُ صُدِّقَ المُوَكِّلُ(٣)، وَفِي قَوْلٍ: الْوَكِيلُ(٤).

وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلَفِ المَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ(٥) وَكَذَا فِي الرَّدِّ(٦)، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلاَ(٧).

وَلَوِ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ المُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ(٨)، وَلاَ يَلْزَمُ المُوَكِّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ(٩).

---

(١) وذلك ليتمكن الوكيل في التصرف فيها لاعتقاده أنها للموكل.

(٢) باطنًا إن صدق في إذنه له بعشرين، ويغتفر هذا التعليق في البيع على تقدير صدق الوكيل للضرورة.

(٣) بيمينه، لأن الأصل عدم التصرف وبقاء ملك الموكل، فلا يستحق الوكيل الجعل المشروط له على التصرف إلاّ ببينة.

(٤) لأن الموكل قد ائتمنه فعليه تصديقه ولقدرته على الإنشاء، ومحل الخلاف إذا وقع النزاع قبل العزل وإلاّ فالمصدق الوكيل قطعًا، لأن الوكيل غير مالك لإنشاء التصرف حينئذٍ.

(٥) لأنه أمين كالمودَع فيجري فيه التفصيل في الوديعة، وغايته أن لا ضمان عليه.

(٦) لأنه ائتمنه.

(٧) لأنه أخذ العين لمصلحة نفسه فأشبه المرتهن.

(٨) لأنه لم يأتمنه، فلم يقبل قوله عليه.

(٩) لأنه يدعى الرد على غير من ائتمنه فليثبته عليه.

وَلَوْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلِفَ، وَأَنْكَرَ المُوَكِّلُ صُدِّقَ المُوَكِّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ المَبِيعِ[1]، وَإِلَّا فَالْوَكِيلُ عَلَى المَذْهَبِ[2].

وَلَوْ وَكَلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ، فَقَالَ: قَضَيْتُهُ وَأَنْكَرَ المُسْتَحِقُّ صُدِّقَ المُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ[3]، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى المُوَكِّلِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ[4].

وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ المَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ[5].

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلَا مُودَعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ المَالِكِ: لَا أَرُدُّ المَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ فِي الأَصَحِّ[6]، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ[7].

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: وَكَّلَنِي المُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَالِهِ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ [1] عَيْنٍ

....

(1) خ ط: وعين.

---

(١) لأن الأصل بقاء حقه وعدم القبض.

(٢) لأن الموكل ينسبه إلى تقصير وخيانة بتسليمه المبيع قبل القبض، والأصل عدمه.

(٣) لأن الأصل عدم القضاء، فيحلف ويطالب الموكل فقط.

(٤) لدعواه الدفع لغير من ائتمنه، فكان حقه إما الإشهاد عليه ولو واحدًا مستورًا ويحلف معه، أو الدفع بحضرة الموكل.

(٥) لأنه لم يأتمنه حتى يكلف تصديقه، والأصل عدم الدفع.

(٦) لأنه يقبل قوله في الرد بيمينه، فلا حاجة إلى الإشهاد.

(٧) لحاجته إلى إثبات ذلك عند الخصومة، واغتفر له إمساكه هذه اللحظة للضرورة، وإن كان الخروج من المعصية فوريًا.

وَصَدَّقَهُ فَلَهُ دفعُهُ إِلَيْهِ[1]، وَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ[2]، وَلَوْ قَالَ: أَحَالَنِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الأَصَحِّ[3].

قُلْتُ: وَإِنْ قَالَ أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى المَذْهَبِ[4]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

* * *

---

(١) لأنه محق بزعمه.

(٢) لاحتمال إنكار المستحق لها فيغرمه.

(٣) لاعترافه بانتقال الدَّين إليه، بخلاف ما لو كذبه.

(٤) لاعترافه بانتقال المال إليه.

كتاب الإقرار(١)

يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ(٢)، وَإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لاَغٍ(٣)، فَإِنْ (1) ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالاحْتِلَامِ مَعَ الإِمْكَانِ صُدِّقَ(٤)، وَلاَ يُحَلَّفُ(٥)،

. . . .

(1) خ س ب: فإذا.

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى مخاطبًا عباده في عالم الذر: ﴿قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُواْ وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّٰهِدِينَ﴾ [آل عمران: ٨١]، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥].

قال ابن جرير في تفسيره ٥/٣٢١: فإن قال قائل: وكيف يقوم بالشهادة على نفسه بالقسط؟ وهل يشهد الشاهد على نفسه؟ قيل: نعم، وذلك أن يكون عليه حق لغيره فيقر له به، فذلك قيام منه له بالشهادة على نفسه. اهـ.

ومن السنة حديث الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في قصة الرجل الذي كان ابنه أجيرًا فزنى بامرأة المستأجر: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»، وقد تقدم ص ١٦٣.

ومن القياس: أنَّا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار فلأن نقبل الإقرار أولي.

(٢) لأن غير مطلق التصرف كالصبي والمجنون لا اعتداد بقولهما، وكذا المحجور عليه إذا أقر بمال، لاحتمال الاحتيال في أخذ المال.

(٣) لسقوط أقوالهم برفع القلم عنهم.

(٤) لأنه لا يعرف إلاَّ من جهته.

(٥) لأنه إن صدق لم يحتج إلى يمين، وإلاَّ فإن الصبي لا يحلف.

وَإِنِ ادَّعَاهُ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ[١]، وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا[٢].

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ[٣]، وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ[٤]، وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ[٥]، وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ[٦]، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ[٧].

وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ[٨]، وَكَذَا لِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ[٩].

---

(١) لسهولة إقامتها في الجملة.

(٢) في باب التفليس والحجر ص ١٠٨، ١٢٤، وحاصله أن إقراره بالتصرف المالي أو الدين أو الإتلاف لا يصح لسلب عبارته في الأموال، ويصح بالحد والقصاص والطلاق والخلع والظهار. ونحوها مما ليس فيها غرم.

(٣) لبعده عن التهمة في ذلك، إذ النفوس مجبولة على حب الحياة والاحتراز عن الآلام.

(٤) للتهمة، إذ يحتمل أنه أراد أن يغرم السيد، أو نحوه، فيتبع به بعد عتقه.

(٥) فيتعلق بذمته لتقصير معامله، فيتبعه به بعد العتق.

(٦) لقدرته على الإنشاء حينئذٍ.

(٧) عملاً بتعيينه كما مر في الضمان ص ١٤٥ إلاّ أن يكون المقر به مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض فلا يقبل على السيد.

(٨) قياسًا على إقرار الصحيح، إذ لعله تذكر عند موته أو تاب عندما علم دنو أجله فيكون من رأس المال إجماعًا كما حكياه في التحفة ٥/٢٥٨، والنهاية ٥/٦٩.

(٩) قياسًا على الأجنبي، لأن الظاهر أنه محق لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر، فالظاهر صدقه، وإن كذبه بقية الورثة.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ، وَفِي مَرَضِهِ لآخَرَ لَمْ يُقَدَّم الأَوَّلُ[١]، وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لآخَرَ لَمْ يُقَدَّمِ الأَوَّلُ فِي الأَصَحِّ[٢].

وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ[٣].

وَيُشْتَرَطُ فِي المُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ المقَرِّ بِهِ[٤]، فَلَوْ قَالَ: لِهَذِهِ الدَّابَةِ عَلَيَّ كَذَا؛ فَلَغْوٌ[٥]، فَإِنْ [1] قَالَ: بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا؛ وَجَبَ[٦].

....

(1) خ ط: وإن، وخ المحلي: ولو.

---

(١) فيتساويان كما لو أقر بهما في الصحة أو في المرض.

(٢) لأن إقرار الوارث كإقرار المورث، فكأنه أقر بالدينين فيتساويان.

(٣) كسائر تصرفات المكره بغير حق لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا﴾ [النحل: ١٠٦]، فجعل الإكراه مسقطًا لحكم الكفر، فبالأولى ما عداه ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره والناس برقم ٢٠٤٥، قال البوصيري في المصباح ١/ ٣٥٣، إسناده صحيح إن سلم من الانقطاع، والظاهر أنه منقطع، وأخرجه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان ٩/ ١٧٤، والحاكم ٢/ ١٩٨، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي وحسنه المصنف في الأربعين الحديث التاسع والثلاثين. له شواهد ومتابعات من حديث أبي هريرة وأبي ذر وغيرهما تجبر ما فيه من ضعف.

وهذا بخلاف ما لو أكره ليصدق في قضية اتهم فيها، فيصح إقراره حال الضرب وبعده، ويلزمه ما أقر به، لأنه غير مكره على الإقرار، وإنما ضرب ليصدق فأقر، فلزمه ما أقربه، وسواء أقر حال الضرب أو بعده.

(٤) حسًا أو شرعًا، لأن الإقرار بدونه كذب ظاهر كما في الصور الآتية.

(٥) لأنها ليست أهلاً للاستحقاق، إذ الدابة لا تملك.

(٦) لإمكانه بسبب جناية عليها أو استيفاء منفعتها بإجارة أو غصب.

وَلَوْ قَالَ: لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ لَزِمَهُ(١)، وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمْكِنُ [1] فِي حَقِّهِ فَلَغْوٌ(٢)، وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الأَظْهَرِ(٣).

وَإِذَا كَذَّبَ المَقَرُّ لَهُ المُقِرَّ تُرِكَ المَالُ فِي يَدِهِ فِي الأَصَحِّ(٤)، فَإِنْ رَجَعَ المُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ: غَلِطْتُ، قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الأَصَحِّ(٥).

فَصْلٌ

قَوْلُهُ [2]: لِزَيْدٍ كَذَا صِيغَةُ إِقْرَارٍ(٦)، وَقَوْلُهُ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ(٧)، وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ(٨).

وَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ أَوْ زِنْهُ أَوْ خُذْهُ أَوِ اخْتِمْ عَلَيْهِ أَوِ اجْعَلْهُ فِي كِيسِكَ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ(٩).

وَلَوْ قَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْتَ أَوْ أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ أَوْ قَضَيْتُهُ أَوْ أَنَا مُقِرٌّ

....

(1) خ ب ط: لا يمكن.

(2) سقطت كلمة: قوله، من س ب.

---

(١) لأن ما أسنده إليه ممكن.

(٢) للقطع بكذبه في ذلك.

(٣) وحمل على ما يمكن حمله عليه.

(٤) لأن يده تشعر بالملك ظاهرًا، وسقط إقراره بمعارضة الإنكار.

(٥) بناءً على الأصح السابق أن إقراره بطل، ويترك المال في يده.

(٦) لأن اللام للملك.

(٧) إذ هو المتبادر منه عرفًا.

(٨) لأنهما ظرفان فيحمل كل منهما عند الإطلاق على عين له بيده.

(٩) لأنه يذكر للاستهزاء، ولا يعني الالتزام.

بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ(١)، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ(٢)، وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا؟ فَقَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمَ فَإِقْرَارٌ(٣)، وَفِي نَعَمْ وَجْهٌ(٤).

وَلَوْ قَالَ: اقْضِ الأَلْفَ الَّذِي (1) لِي عَلَيْكَ، فَقَالَ: نَعَمْ أَوْ أَقْضِي غَدًا أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْمًا أَوْ حَتَّى أَقْعُدَ أَوْ أَفْتَحَ الْكِيسَ أَوْ أَجِدَ، فَإِقْرَارٌ فِي الأَصَحِّ(٥).

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ بِهِ أَنْ لَا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمُقِرِّ(٦)، فَلَوْ قَالَ: دَارِي

(1) خ س ب: الَّتي.

(١) أما الثلاثة الأولى فلأنها موضوعة للتصديق، وكذا: أجل، أو جَيْرِ أو إِيْ، وأما دعوى الإبراء والاقتضاء، فلأنه قد اعترف بالشغل وادعى الإسقاط والأصل عدمه، فعليه بينةٌ بدعواه.

(٢) لصدق الأول بإقراره ببطلانه أو بوحدانيته تعالى، ولاحتمال الثاني للوعد بالإقرار به بعدُ.

(٣) لأنه المفهوم من ذلك.

(٤) لأنها في اللغة تصديق للنفي المستفهم عنه، بخلاف بلى فإنها رد له، ونفي النفي إثبات، ورد بأن الأقارِيرَ ونحوها مبنية على العرف المتبادر من اللفظ لا على دقائق العربية.

(٥) لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفًا والاستهزاء بها بعيد.

(٦) لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك، وإنما هو إخبار عن كونه ملكًا للمقر له، فلا بد من تقديم المخبر عنه على الخبر.

أَوْ ثَوْبِي أَوْ دَيْنِي الَّذِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو فَهُوَ لَغْوٌ[١]، وَلَوْ قَالَ: هَذَا لِفُلَانٍ وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقْرَرْتُ بِهِ، فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ وَآخِرُهُ لَغْوٌ[٢].

وَلْيَكُنِ الْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ الْمُقِرِّ لِيُسَلَّمَ بِالإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ[٣].

فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ عُمِلَ بِمُقْتَضَى الإِقْرَارِ[٤]، فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ[٥]، ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ: هُوَ حُرُّ الأَصْلِ فَشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ[٦]، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ، فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ[٧]، فَيَثْبُتُ فِيهِ الخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ[٨].

وَيَصِحُّ الإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ[٩]، فَإِذَا قَالَ لَهُ: عَلَيَّ شَيْءٌ قُبِلَ

---

(١) لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له، فتنافى الإقرار لغيره. إذ هو إخبار بحق سابق عليه، فحمل على الوعد.

(٢) فيطرح آخره ويؤخذ بأوله لأنه مشتمل على جملتين مستقلتين.

(٣) لأنه عند انتفاء يده عنه يكون إما مدَّعيًا أو شاهدًا بغير لفظيهما فلم يقبل.

(٤) لوجود شرط العمل به فيسلم للمقر له حالاً.

(٥) فيرفع يده عنه بعد انقضاء مدة الخيار للبائع لوجود الشرط.

(٦) فلا يثبت له حكم الشراء، لأن اعترافه بحريته مانع له من ذلك.

(٧) عملاً بزعم كل منهما.

(٨) يعني: خيار المجلس وخيار الشرط، لا للمشتري، لما مر أنه افتداء من جهته، فلا يثبت له شيء من ذلك.

(٩) حكى ابن حجر في التحفة ٥/ ٢٧٥، والرملي في النهاية ٥/ ٨٦، الإجماع عليه، قالا: لأنه إخبار عن حق سابق فيقع مجملاً ومفصلاً.

تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ وَإِنْ قَلَّ(١)، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَسِرْجِينٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ(٢).

وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى كَخِنْزِيرٍ وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ(٣)، وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلَامٍ(٤).

وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ مَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ(٥)، وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ(٦)، لَا بِكَلْبٍ وَجِلْدِ مَيْتَةٍ(٧).

وَقَوْلُهُ: لَهُ كَذَا كَقَوْلِهِ: شَيْءٌ(٨)، وَقَوْلُهُ: شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْهُ (1) (٩).

. . . .

(1) خ الشروح: بحذف الهاء.

---

(١) لصدق اسم الشيء عليه.

(٢) لصدق كل منهما بالشيء، مع كونه محترمًا يحرم أخذه ويجب رده والأصل براءة ذمته من غيره.

(٣) لأن عليَّ تقتضي ثبوت حق، وهذا ليس حقًا ولا اختصاصًا ولا يجب رده.

(٤) لبعد فهمهما في معرض الإقرار، إذ لا مطالبة بهما.

(٥) لأن الأصل براءة الذمة فيما فوقه، ووصفه بنحو العظم يحتمل أنه بالنسبة لتيقن حله أو إثم غاصبه أو كفر مستحله، وثواب باذله لنحو مضطر.

(٦) لصحة إيجارها ووجوب قيمتها إذا تلفت، ولأنها تسمى مالاً.

(٧) لأنه لا يصدق عليهما اسم المال، وكذا سائر النجاسات.

(٨) بجامع الإبهام فيهما فيقبل تفسير هذا بما يقبل به تفسير ذاك.

(٩) حيث لم يرد الاستئناف، لظهوره في التأكيد.

وَلَوْ قَالَ: شَيْءٌ وَشَيْءٌ، أَوْ كَذَا وَكَذَا وَجَبَ شَيْئَانِ[(١)]، وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا أَوْ رَفَعَ الدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ[(٢)].

وَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا بِالنَّصْبِ وَجَبَ دِرْهَمَانِ[(٣)]، وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ فَدِرْهَمٌ[(٤)]، وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ فَدِرْهَمٌ فِي الأَحْوَالِ[(٥)].

وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ قُبِلَ تَفْسِيرُ الأَلْف بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ[(٦)]، وَلَوْ قَالَ: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا فَالجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ[(٧)].

وَلَوْ قَالَ: الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقْرَرْتُ بِهَا نَاقِصَةُ الْوَزْنِ، فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ تَامَّةَ الْوَزْنِ فَالصَّحِيحُ قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلاً[(٨)]، وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنِ

---

(١) لاقتضاء العطف المغايرة، فيلزم شيئان متفقان أو مختلفان.

(٢) لأن كذا مبهم، وقد فسره بدرهم أما نصبه فعلى التمييز، وأما رفعه فعلى أنه عطف بيان أو بدل، أو خبر مبتدأ محذوف، وأما الجر فلحن غير أنه لا نظر فيه هنا لعدم تأثيره.

(٣) لإقراره بشيئين مبهمين، وتعقيبهما بالدرهم منصوبًا، فالظاهر أنه تفسير لكل منهما.

(٤) أما الرفع فلأنه خبر عن المبهمين أي هما درهم، أو بدل منهما، أو بيان لهما كما مر آنفًا في نظيره، وهذا هو الأولى لعدم المطابقة في التوجيه الأول.
وأما الجر فلأنه وإن امتنع ولم يظهر له وجه عند جمهور النحاة، لكنه يفهم منه عرفًا أنه تفسير لجملة ما سبق فحمل على الضم.

(٥) كلها لاحتمال التأكيد حينئذٍ.

(٦) لأنه مبهم فصح تفسيره بما يصدق العدد عليه، سواء اتحد الجنس أو اختلف.

(٧) لجعله الدرهم تمييزًا، فالظاهر أنه تفسير لجميع المذكورات بمقتضى العطف.

(٨) لأنه حينئذٍ كالاستثناء، ويُرجع إلى تفسيره في قدر النقص فإن تعذر بيانه نزل على أقل الدراهم وزنًا.

الإِقْـرَارِ[1]، وَإِنْ كَـانَـتْ نَـاقِصَـةً قُبِـلَ إِنْ وَصَلَـهُ[2]، وَكَـذَا إِنْ فَصَلَـهُ فِـي النَّصِّ[3]، وَالتَّفْسِيرُ بِالْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ[4].

وَلَوْ قَالَ (1): عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الأَصَحِّ[5]، وَإِنْ قَـالَ: دِرْهَـمٌ فِـي عَشَـرَةٍ، فَـإِنْ أَرَادَ المَعِيَّـةَ لَـزِمَـهُ أَحَـدَ عَشَـرَةَ[6] أَوِ الحِسَابَ فَعَشَرَةٌ[7] وَإِلاَّ فَدِرْهَمٌ[8].

فَـصْـلٌ

قَالَ: لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ أَوْ ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ لاَ يَلْزَمُهُ الظَّـرْفُ[9]، أَوْ غِمْـدٌ فِيـهِ سَيْـفٌ أَوْ صُنْـدُوقٌ فِيـهِ ثَـوْبٌ لَـزِمَـهُ الظَّـرْفُ وَحْـدَهُ[10]، أَوْ عَبْـدٌ عَلَـى رَأْسِـهِ عِمَـامَـةٌ لَـمْ تَلْـزَمْـهُ العِمَـامَـةُ عَلَـى

....

(1) خ ط والمحلي والمغني: لو قال له.

---

(١) لأن اللفظ والعرف ينفيان قوله، كما في الاستثناء، وكذا لو كذبه المقر له.

(٢) لأن اللفظ أي من حيث الاتصال، والعرف يصدقانه.

(٣) عملاً بعرف البلد كما في المعاملة.

(٤) ففيها الخلاف والتفصيل السابق لأن الغش نقص في الحقيقة، إذ الدرهم محمول على الفضة الخالصة، وما فيها من الغش ينقصها.

(٥) إخراجًا للطرف الأخير، وإدخالاً للأول، لأنه مبدأ الالتزام.

(٦) لأن «في» تأتي بمعنى مع، كما في قوله تعالى: ﴿ٱدْخُلُواْ فِىٓ أُمَمٍ﴾ [الأعراف: ٣٨]، أي معهم، وقوله: ﴿فَٱدْخُلِى فِى عِبَٰدِى﴾ [الفجر: ٢٩].

(٧) لأنه موجبه.

(٨) لأنه اليقين.

(٩) لأنه مغاير للمظروف، وهو لم يقر إلاّ بالسيف، والإقرار يعتمد اليقين.

(١٠) للعلة السابقة.

الصَّحِيحِ[1]، أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ لَزِمَهُ الجَمِيعُ[2].

وَلَوْ قَالَ: فِي مِيرَاثِ أَبِـي[3] أَلْفٌ؛ فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ[4]، وَلَوْ قَالَ: فِي مِيراثِي مِنْ أَبِـي أَلْفٌ؛ فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ[5].

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ؛ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ[6]، فَإِنْ قَالَ: وَدِرْهَمٌ؛ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ[7].

وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَم وَدِرْهَمٌ؛ لَزِمَهُ بِالأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ[8]، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ[9]، وَإِنْ نَوَى الاسْتِئْنَافَ لَزِمَهُ ثَالِثٌ[10]، وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الأَوَّلِ[11] أَوْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ[12].

---

(١) لأن الالتزام لم يتناولها كما مر.

(٢) لأن الباء بمعنى مع كما في قوله سبحانه: ﴿ٱهۡبِطۡ بِسَلَٰمٖ مِّنَّا﴾ [هود: ٤٨]، أي معه، والطراز جزء من الثوب.

(٣) أي له في ميراث أبـي ذلك.

(٤) لإضافة الألف إلى جميع التركة المضافة إلى الأب.

(٥) لأنه أضاف الميراث لنفسه، وهو يقتضي عرفًا عدم تعلق دين به وما يكون مضافًا له يمتنع الإقرار به لغيره، فيكون وعد هبة.

(٦) لاحتماله التأكيد، ولو زاد في التكرير على ذلك، إذ ليس هناك ما يصرفه عنه.

(٧) لأن العطف يقتضي المغايرة.

(٨) لاقتضاء العطف المغايرة كما مر.

(٩) عملاً بنيته، وقياسًا على نظيره في الطلاق وسيأتي ذكره ٥٣٩.

(١٠) عملاً بنيته كذلك.

(١١) لأن التأكيد في الأول ممنوع للفصل والعطف.

(١٢) لأن العطف ظاهر في التغاير.

وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَامْتَنَعَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ(١).

وَلَوْ بَيَّنَ وَكَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فَلْيُبَيِّنْ(٢) وَلْيَدَّعِ(٣)، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ فِي نَفْيِهِ(٤).

وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ(٥).

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ دَخَلَ الأَقَلُّ فِي الأَكْثَرِ(٦)، فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ أَوْ قَالَ: قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشَرَةً: ثُمَّ قَالَ: قَبَضْتُ يَوْمَ الأَحَدِ عَشَرَةً لَزِمَا [1] (٧).

وَلَوْ قَالَ: لَهُ [2] عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ

....

(1) خ ط: لزماه.

(2) سقطت كلمة: له، من خ ط.

---

(١) لامتناعه من أداء الواجب عليه كالممتنع من أداء الدين، فإن مات قبل البيان طولب وارثه، ووقف جميع التركة احتياطًا لحق الغير، ولأنه لا وصول إلى معرفته إلاَّ منه.

(٢) المقر له جنس الحق وقدره وصفته، لأن المقر لما امتنع بَيَّنَ هُو لئلا يضيع حقه إذ هو أعرف به.

(٣) إن شاء.

(٤) لعدم البينة عليه، ولأن الأصل براءة ذمته.

(٥) لأن الإقرار إخبار، وتعدده لا يقتضي تعدد المخبر عنه.

(٦) لجواز الإقرار ببعض الشيء بعد الإقرار بكله.

(٧) في الصور الثلاث لتعذر اتحادها، لأن اختلاف الوصف أو السبب يوجب اختلاف الموصوف أو المسبب، فلو أطلق مرة وقيد أخرى حمل المطلق على المقيد ولم يلزمه غيره.

لزِمَهُ الأَلْفُ فِي الأَظْهرِ[١]، وَلَوْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَ سَلَّمْتُ قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ[٢] وَجُعِلَ ثَمَنًا[٣].

وَلَوْ قَالَ: لَهُ (1) عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ[٤]، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ لاَ يَلْزَمُ لَزِمَهُ[٥].

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ، وَقَالَ: أَرَدْتُ بِهِ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمَقرُّ لَهُ: لِي عَلَيْهِ (2) أَلْفٌ آخَرُ صُدِّقَ المُقِرُّ فِي الأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ[٦]، فَإِنْ كَانَ قَالَ: فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْنًا صُدِّقَ المُقَرُّ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ[٧].

....

(1) سقطت كلمة: له، من خ ب.

(2) خ ط والتحفة: عليك.

---

(١) عملاً بأول الإقرار، وإلغاء لآخره، لأنه وصل به ما يرفعه فكان أشبه بما لو قال: علي ألف لا تلزمني.

(٢) لأن ما ذكره آخرًا لا يرفع ما قبله.

(٣) لتترتب عليه أحكامه، ولكن هذا بشرط الاتصال، فإن فصل قول: علي ألف عن قوله: من ثمن عبد لم يقبل ولزمته الألف.

(٤) لأنه علق الإقرار بمشيئة الله تعالى وهي غيب عنا.

(٥) لأن قوله: لا يلزم لا ينتظم مع ما قبله، فألغي، ولم يبطل به الإقرار.

(٦) لأن الوديعة يجب عليه حفظها، والتخلية بينها وبين مالكها، فكأنه أراد بعليَّ الإخبار عن هذا الواجب، وقد تستعمل «على» بمعنى عند، كما في قوله سبحانه: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ﴾ [الشعراء: ١٤]، أي عندي.

(٧) لأن العين لا تكون في الذمة ولا دينًا، والوديعة لا تكون في ذمته بالتعدي، بل بالتلف ولا تلف هنا، فلزم أن تكون أمانة.

قُلْتُ: فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا أَمَانَةٌ فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلَفَ بَعْدَ الإِقْرَارِ وَدَعْوَى الرَّدِّ(١)، وَإِنْ قَالَ لَهُ: عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ (1) وَالتَّلَفِ قَطْعًا(٢)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ: كَانَ فَاسِدًا وَأَقْرَرْتُ لِظَنِّي الصِّحَّةَ لَمْ يُقْبَلْ (2) (٣)، وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرِّ لَهُ(٤)، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُقِرُّ (3) (٥) وَبَرِئَ(٦).

وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو، أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو، سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ(٧)، وَالأَظْهَرُ أَنَّ الْمُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو (4) (٨).

....

(1) سقطت كلمة: الرَّد، من خ س ب.

(2) خ ط: لم يقبل قوله.

(3) خ س: المقر له، وهو غلط.

(4) خ المغني والمحلي والسراج: زيادة: بالإقرار، ولا معنى له.

---

(١) لأن هذا شأن الوديعة.

(٢) لأن لفظ عندي ومعي لا يشعران بضمان ولا ذمة، فتعين أن يكون أمانة.

(٣) لأن الاسم يحمل عند الإطلاق على الصحيح، ولأن الإقرار يراد به الالتزام فلم يشمل الفاسد إذ لا التزام فيه.

(٤) لإمكان ما يدعيه إذ قد تخفى جهات الفساد عليه، ولا تقبل منه البينة لتكذيبها بإقراره السابق.

(٥) على الفساد وحكم به.

(٦) لأن اليمين المردودة كالإقرار، وكالبينة وكلاهما يحصِّل الغرض.

(٧) لأن من أقر بحق لآدمي لا يقبل رجوعه عنه.

(٨) لأنه حال بينه وبين ملكه بإقراره الأول، والحيلولة سبب الضمان كما لو غصب عبدًا فأبق من يده.

وَيَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ إِنِ اتَّصَلَ(١) وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ(٢)، فَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلاَّ تِسْعَةً إِلاَّ ثَمَانِيَةً؛ وَجَبَ (1) تِسْعَةٌ(٣)، وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الجِنْسِ كَأَلْفٍ إِلاَّ ثَوْبًا(٤)، وَيُبَيِّنُ (2) بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ(٥).

وَمِنَ المُعَيَّنِ: كَهَذِهِ الدَّارُ لَهُ إِلاَّ هَذَا الْبَيْتَ، أَوْ هَذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إِلاَّ

....

(1) خ النهاية والمغني والسراج: لزمه.

(2) خ ط: وبيِّن ثوبًا.

---

(١) ككل الأخبار والإنشاءات، لكثرة وروده في القرآن والسنة. وحكيا في التحفة ٥/ ٣٩٦، والنهاية ٥/ ١٠٤، الإجماع عليه.

(٢) فإن استغرق بطل إجماعًا كما في المرجعين السابقين، لأنه رفع ما أثبته وذلك تناقض صريح.

(٣) لأن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، فهو هنا استثنى من العشرة المثبتة، تسعة، وهي المنفية، فبقي واحد، ثم استثنى من التسعة المنفية ثمانية فكانت مثبتة، فتضم إلى الواحد السابق فكانا تسعة فتلزمه بإقراره. وهكذا يجمع كل مثبت وكل منفي فيسقط هذا من ذاك، والباقي هو الواجب.

(٤) ويسمى استثناءً منقطعًا، وذلك لوروده كثيرًا كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ ـ أي معبوداتهم وهي الأصنام ـ عَدُوٌّ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الشعراء: ٧٧]، فالمستثنى وهو رب العالمين ليس من جنس المستثنى منه، وكما في قوله سبحانه: ﴿مَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ٱتِّبَاعَ ٱلظَّنِّ﴾ [النساء: ١٥٧]، والظن ليس من العلم، وقوله جل شأنه: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢]، والسلام ليس من جنس اللغو، ومثل هذا كثير.

(٥) لئلا يستغرق فيلغو، فإن فسره بثوب قيمته ألف بطل الاستثناء والتفسير ولزمته الألف.

ذَا الدِّرْهَمَ[١]، وَفِي المُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ[٢].

قُلْتُ: لَوْ قَالَ: هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا قُبِلَ وَرَجَعَ فِي البَيَانِ إِلَيْهِ[٣]، فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ المُسْتَثْنَى صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

أَقَرَّ بِنَسَبٍ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ اشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لَا يُكَذِّبَهُ الحِسُّ[٥] وَلَا الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ[٦]، وَأَنْ يُصَدِّقَهُ المُسْتَلْحَقُ إِنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ[٧]، فَإِنْ كَانَ بَالِغًا

---

(١) لصحة المعنى فيه، إذ هو إخراج بلفظ متصل فأشبه التخصيص، وعلله الشافعي بأنه كلام صحيح ليس بمحال.

(٢) أنه لا يصح، لأن الإقرار بالمعين يتضمن ملك جميعها، فالاستثناء يكون رجوعًا بخلافه في الدين، ولأنه غير معتاد، وإنما المعتاد الاستثناء من المطلق.

(٣) لأنه أعرف بنيته، ويجبر على البيان لتعلق حق الغير به، فإن مات بيّن وارثه.

(٤) لاحتمال ما ادعاه.

(٥) وتكذيبه بأن يكون في سن لا يتصور أن يكون أبًا للمستلحق لصِغَر أو جَبِّه أو عنَّة أو عقم قبل زمن إمكان العلوق.

(٦) لأن النسب لا يقبل النقل، سواء صدقه المستلحق أم لا.

وكذا لو ولد على فراش الزوجية بنكاح صحيح، لقوله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر». أخرجه البخاري في البيوع، باب تفسير المشتبهات برقم ٢٠٥٣، ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات برقم ٣٦ (١٤٥٧)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٧) وهو المكلف، لأن له حقًا في نسبه، وهو أعرف به من غيره.

فَكَذَّبَهُ لَمْ يَثْبُتْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ[١].

وَإِنْ اسْتَلْحَقَ صَغِيرًا ثَبَتَ[٢]، فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الأَصَحِّ[٣].

وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيِّتًا صَغِيرًا[٤]، وَكَذَا كَبِيرًا فِي الأَصَحِّ[٥]، وَيَرِثُهُ[٦].

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اثْنَانِ بَالِغان ثَبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ[٧]، وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي اللَّقِيطِ إِنْ شَاءَ اللَّـهُ تَعَالَى[٨].

وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ: هَذَا وَلَدِي؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ[٩]، وَلاَ يَثْبُتُ الاِسْتِيلاَدُ فِي الأَظْهَرِ[١٠]، وَكَذَا لَوْ قَالَ: وَلَدِي، وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي[١١]. فَإِنْ قَالَ:

---

(١) أو يمين مردودة، قياسًا على سائر الحقوق.

(٢) لعسر إقامة البيّنة على النسب، ولكن إنما يثبت بالشروط السابقة ما سوى التصديق.

(٣) لأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته.

(٤) للاحتياط في النسب، ولو كان بعد قتله، ولا أثر لتهمة الميراث، ولا تهمة إسقاط القصاص.

(٥) لأن الميت ليس أهلاً للتصديق فصح استلحاقه كالمجنون والصغير.

(٦) لأن الإرث فرع النسب، وقد ثبت، ولا ينظر للتهمة.

(٧) لاجتماع الشروط فيه دون الآخر.

(٨) كما سيأتي في حكم استلحاق المرأة والعبد ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩، ٣١٥.

(٩) بالشروط المتقدمة، وبشرط خلوها من زوج يمكن كونه منه.

(١٠) لاحتمال أنه أولدها بنكاح أو شبهة ثم ملكها.

(١١) لاحتمال أنه أحبلها بنكاح ثم ملكها.

عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي ثَبَتَ الاِسْتِيلَادُ[١]، فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ لَحِقَهُ بِالْفِرَاشِ، مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ[٢]، وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ[٣]، وَاسْتِلْحَاقُ [1] السَّيِّدِ بَاطِلٌ[٤].

وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ كَهَذَا أَخِي أَوْ عَمِّي فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ[٥].

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيِّتًا[٦]، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ نَفَاهُ فِي الْأَصَحِّ[٧]، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقِرِّ وَارِثًا حَائِزًا[٨].

....

(1) خ س: واستيلاد.

---

(١) لانتفاء ذلك الاحتمال.

(٢) لحديث عائشة السابق: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

(٣) لأن الفراش له.

(٤) للحوقه بالزوج شرعًا.

(٥) للحديث السابق، ففي أوله: «اختصم سعد بن أبـي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد بن أبـي وقاص: يا رسول الله هذا ابن أخي عتبة بن أبـي وقاص عهد إليَّ أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله إنه ولد على فراش أبـي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهًا بينًا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر»، ولأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه والنسب من جملتها.

(٦) لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره، ولو كان مجنونًا، إذ تحتمل إفاقته.

(٧) لأنه لو استلحقه لقبل فكذا وارثه.

(٨) لأنه إذا لم يكن وارثًا حائزًا للمال، بأن كان عبدًا أو قاتلاً أو كافرًا والأب مسلم =

وَالأَصَحُّ[1] أَنَّ المُسْتَلْحَقَ لاَ يَرِثُ[2] وَلاَ يُشَارِكُ الْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ[3]، وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنَ الْوَرَثَةِ لاَ يَنْفَرِدُ بِالإِقْرَارِ[4]، وَأَنَّهُ لَوْ اقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثِينَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلاَّ المُقِرُّ ثَبَتَ النَّسَبُ[5]، وأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ المُقِرِّ[6] لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ[7]، وَيَثْبُتُ أَيْضًا نَسَبُ

= لا يقبل إقراره عليه بالمال، فلا يقبل إقراره عليه في النسب كالأجنبي وسواء كان المقر واحدًا أو أكثر فالشرط فيه ما ذكر.

(١) فيما إذا أقر أحدُ حائِزَين بثالث، أو بزوجة للميت، وأنكره الآخر أو سكت.

(٢) لانتفاء ثبوت نسبه.

واعلم أن هذه العبارة موهمة واختلف فيها الشراح اختلافًا كبيرًا. قال الخطيب في المغني ٣/٣٠٩، بعد أن نقل نص العبارة: «كذا في نسخة المصنف كما حكاه السبكي، قال الشيخ برهان الدين: وهو يقتضي أنه مع كون المقر حائزًا أن المستلحق لا يرث، وهو خلاف النقل والعقل، والظاهر أنه سقط هنا شيء إما من أصل المصنف وإما من ناسخ، وصوابه أن يقال: إن لم يكن حائزًا فالأصح الخ...»، ولكن يندفع هذا الإشكال بالتقدير الذي أشرنا إليه في التعليقين السابقين، وهو ما قرره ابن حجر والرملي والمحلي.

(٣) ظاهرًا لعدم ثبوت نسبه، ولا باطنًا إن كان صادقًا.

(٤) لأنه غير حائز للميراث فينتظر كمال الباقين.

(٥) لأنه صار حائزًا للميراث، بإثبات نسبه، ولا يرث المنكر شيئًا ظاهرًا إذ الإرث فرع النسب.

(٦) بأن قال: أنا ابن الميت لا أنت.

(٧) لثبوته وشهرته، ولأنه لو بطل نسبه بطل نسب المجهول، فإنه لم يثبت إلاَّ لإرثه وحيازته، ولو بطل نسبه بطل نسب المقر، وذلك دور حكمي.

الْمَجْهُولِ[١]، وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ثَبَتَ النَّسَبُ[٢] وَلاَ إِرْثَ[٣].

* * *

---

(١) لأن الوارث الحائز قد استلحقه فلم ينظر لإخراجه له عن أهلية الإقرار بتكذيبه له.

(٢) لأن الوارث الحائز قد استلحقه.

(٣) له، للدور الحكمي، وهو أن يلزم من إثبات الشيء رفعه، إذ لو ورث حجب الأخ، فخرج عن كونه وارثًا، فلم يصح استلحاقه فلم يرث، فأدى إرثه إلى عدم إرثه.

كتاب العارية[(1)]

شَرْطُ المُعِيرِ: صِحَّةُ تبَرُّعِهِ، وَمِلْكُهُ الْمَنْفَعَةَ[(2)]. فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ[(3)] لاَ مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ[(4)]، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي المَنْفَعَةَ لَهُ[(5)]،

---

(1) الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: 2]، والعارية من التعاون على البر والتقوى، لأنها إعانة للمسلم في أمر يحتاجه ولا يضر المعير، وقوله سبحانه ذامًّا من شح بها: ﴿ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: 7]، والماعون اسم لما لا يمنع في العادة، ويسأله الفقير والغني، وينسب مانعه إلى سوء الخلق ولؤم الطبيعة وذلك كالفأس والقدر والدلو ونحوها.

ومن السنة ما رواه أنس رضي الله عنه قال: «كان بالمدينة فَزَع فاستعار النبي ﷺ فرسًا لأبي طلحة يقال له: «مندوب» فركبه وقال: «ما رأينا من فزع وإن وجدناه لبحرًا». أخرجه البخاري في الجهاد، باب اسم الفرس والحمار برقم ٢٨٥٧، وفي الهبة، باب من استعار من الناس الفرس برقم ٢٦٢٧، ومسلم في الفضائل، باب في شجاعة النبي ﷺ برقم ٢٣٠٧.

(2) لأن الإعارة تبرع بإباحة المنفعة فلا تصح ممن لا يصح تبرعه كصبي وسفيه ومفلس.

(3) لأنه مالك للمنفعة.

(4) لأنه غير مالك للمنفعة، وإنما أبيح له الانتفاع فقط ولهذا لا يؤجر إلاَّ بإذن المالك.

(5) لرجوع لانتفاع إليه، وذلك كأن يركب دابة استعارها للركوب من هو مثله أو دونه لحاجته.

وَالْمُسْتَعَارِ كَوْنُهُ مُنْتَفِعًا بِهِ[١] مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ[٢].

وَيَجُوزُ (1) إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ[٣]، وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ[٤].

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظٍ[٥] كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي[٦]، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الآخَرِ[٧].

وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفَهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ[٨]

....

(1) خ المحلي والنهاية والتحفة: وتجوز.

---

(١) لأن الإعارة يقصد بها الانتفاع فما لا انتفاع به لا داعي لإعارته كالإجارة، فكل ما جازت إجارته جازت إعارته وما لا فلا.

(٢) لأن ما كان الانتفاع به مع تلف عينه كشمعة للوقود تتعذر إعادته، والعارية مؤداة كما سيأتي.

(٣) لانتفاء المحذور في ذلك، ولا يجوز إعارتها للاستمتاع بها ولا لخدمة ذكر غير محرم لخوف الفتنة إلاَّ إذا كانت صغيرة لا تشتهى أو قبيحة فيجوز في الأصح.

(٤) لأن فيها امتهانًا له، واختار السبكي وغيره حرمة ذلك، وخالفهم آخرون لأنه ليس فيها تمليك لشيء من منافعه، فليس فيها تمام استذلال ولا استهانة.

(٥) لأن الانتفاع بمال الغير يفتقر إلى رضاه. وهو لا يعلم إلاَّ باللّفظ.

(٦) لأن هذا اللفظ يدل على الرضا القلبي فأنيط الحكم به.

(٧) قياسًا على إباحة الطعام.

(٨) أما كونه إجارة فنظرًا للمعنى وهو وجود العوض، وأما كونها فاسدة فلجهالة المدة والعوض مع التعليق في الثانية.

تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ[١]، وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ[٢]، فَإِنْ تَلِفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ ضَمِنَهَا، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ[٣]، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بَاسْتِعْمَالٍ[٤]، وَالثَّالِثُ (1) [٥] يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ[٦].

....

(1) خ س ب: الثاني.

---

(١) إذا مضى بعد قبضه زمن لمثله أجرة، ولا ضمان عليه بِتلفِها كالمؤجرة.

(٢) لحديث أبـي أمامة رضي الله عنه أنَّ النبـي ﷺ قال: «العارية مؤداة والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم». أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية برقم ٣٥٦٥، والترمذي في البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة برقم ١٢٦٥ وقال: حديث حسن.

ولحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي». أخرجه أبو داود في الباب السابق برقم ٣٥٦١، والترمذي فيه أيضًا برقم ١٢٦٦، وابن ماجه في التجارات برقم ٢٤٠٠، وأحمد في المسند ٥/٨، ١٢، والحاكم في المستدرك ٢/٤٧، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبـي، وقال عنه الترمذي: حسن صحيح.

(٣) لحديث صفوان بن أميّة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعار منه أَدراعًا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة».

أخرجه أبو داود في البيوع، باب تضمين العارية برقم ٣٥٦٢، والحاكم في المستدرك ٣/٤٠١، ٦/٣٦٥، وأحمد في المسند ٦/٤٦٥، ٣/٤٠١، وصححه الحاكم على شرط الشيخين ووافقه الذهبـي.

ولأنه قبضها لمصلحة نفسه.

(٤) لحدوثه بإذن المالك.

(٥) أي القول الثالث، والثاني يضمن مطلقًا لظاهر الحديث السابق.

(٦) لأن مقتضى الإعارة الرد ولم يوجد في المنمحق.

وَالمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي الأَصَحِّ[١]، وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيَرُوضَهَا فَلَا ضَمَانَ[٢].

وَلَهُ الانْتِفَاعُ بِحَسَبِ الإِذْنِ[٣]، فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا[٤] وَمِثْلَهَا[٥] إِنْ لَمْ يَنْهَهُ[٦]، أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ (1) كَحِنْطَةٍ[٧]، وَلَوْ أَطْلَقَ الزِّرَاعَةَ صَحَّ فِي الأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ[٨].

وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الزَّرْعُ[٩] وَلَا عَكْسَ[١٠]، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا العَكْسُ[١١]، وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الأَرْضِ

....

(1) خ ط والمحلي والسراج: ما فوقه.

---

(١) لأن يده نائبة عن يدٍ غير ضامنة.

(٢) لأنه لم يأخذها لغرض نفسه وإنما لغرض المالك، فليس مستعيرًا، أما إذا تعدى كأن ركبها في غير الرياضة ضمنها.

(٣) لأن المالك رضي به دون غيره.

(٤) لإذنه فيها.

(٥) وكذا دونها بالأولى.

(٦) فإن نهاه امتنع اتباعًا لنهيه.

(٧) لأن ضررها أعظم من ضرره.

(٨) لإطلاق اللفظ.

(٩) إن لم ينهه لأنه أخف.

(١٠) لأن ضررهما أكثر، ويقصد بهما الدوام.

(١١) لاختلاف جنس الضرر، إذ ضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر، وضرر الغراس في باطنها أكثر لانتشار عروقه.

مُطْلَقَةً [1]، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ المَنْفَعَةِ[١].

فَصْلٌ

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ[٢] إِلَّا إِذَا أَعَارَ [2] لِدَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ المَدْفُونِ[٣].

وَإِذَا أَعَارَ [3] لِلْبِنَاءِ أَوْ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ إِنْ كَانَ شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّانًا لَزِمَهُ[٤]، وَإِلَّا فَإِنِ ٱخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ[٥]، وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الأَرْضِ فِي الأَصَحِّ[٦]. قُلْتُ: الأَصَحُّ تَلْزَمُهُ[٧]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

....

(1) خ ط: مطلقًا.

(2) خ ط: أعاره.

(3) خ ط: أعاره.

---

(١) قياسًا على الإجارة.

(٢) لأنها مبرة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يليق بها الإلزام.

(٣) محافظة على حرمة الميت، لأنَّه دفن بحق، والنبش فيه هتك لحرمته فلا يجوز.

(٤) عملاً بالشرط، فإن امتنع قلع المعير مجانًا، ويلزم المستعير تسوية الحفر إن شرطها وإلَّا فلا.

(٥) بلا أرش لأنه ملكه وقد رضي بنقصه.

(٦) لأن علم المعير بأن للمستعير القلع، رضًا بما يحدث منه، والرضا بالشيء رضًا بما يتولّد منه كما هي القاعدة الفقهية.

(٧) لأنه قلع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع رد الأرض إلى ما كانت عليه.

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا[١]، بَلْ لِلْمُعِيرِ الخِيَارُ[٢] بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ[٣]، قِيلَ: أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ[٤]، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا إِنْ بَذَلَ المُسْتَعِيرُ الأُجْرَةَ[٥] وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الأَصَحِّ[٦]، ثُمَّ قِيلَ: يَبِيعُ الحَاكِمُ الأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَتُقْسَمُ بَيْنَهُمَا[٧]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا (1) شَيْئًا[٨].

وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالانْتِفَاعُ بِهَا[٩]، وَلاَ يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنِ

....

(1) كذا في نسخة المؤلف بخطه «يختارا» بألف التثنية، لكن الذي في أكثر نسخ الشرح وفي الروضة بخط المصنف «يختار» بغير ألف، وصحح بخطه على موضع سقوط الألف. أفاده الخطيب في المغني ٢/ ٢٧٢.

---

(١) لأنه محترم إذ وضعه بحق.

(٢) لأنه محسن ولأنه مالك الأرض التي هي الأصل.

(٣) وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا.

(٤) قياسًا على نظائره في الشفعة وغيرها. وهذا هو المعتمد كما في التحفة ٥/ ٤٣١، والنهاية ٥/ ١٣٩ حيث قال: وهو الأصح كنظائره في الشفعة. وصححه القليوبي في حاشيته على المحلِّي ٣/ ٢٣، وإن جرى الخطيب في المغني ٢/ ٢٧١ على أن المعتمد تخييره بين الثلاثة، وفاقًا للغزالي وإمام الحرمين.

(٥) لانتفاء الضرر.

(٦) لأن المعير مقصر بتركه الاختيار راض بإتلاف منافعه.

(٧) فصلاً للخصومة.

(٨) أي يختار المعير ماله اختياره، ويوافقه المستعير قطعًا للنزاع بينهما، وذلك أن المستعير لا تقصير منه، فكيف يجبر على إزالة ملكه، والمعير وإن قصر لكن الضرر عليه فقط، وإجبار الحاكم إنما هو لإزالة الضرر المتعدي للغير كبيع مدين امتنع عن الوفاء.

(٩) لأنها ملكه.

لِتَفَرُّجٍ (1) (١)، وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَالإِصْلَاحِ فِي الأَصَحِّ(٢).

وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ(٣)، وَقِيلَ: لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ(٤).

وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ(٥)، وَفِي قَوْلٍ: لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّانًا إِذَا رَجَعَ(٦).

وَإِذَا أَعَارَ (2) لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ الإِبْقَاءَ إِلَى الحَصَادِ(٧)، وَأَنَّ لَهُ الأُجْرَةَ(٨)، فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزِّرَاعَةِ قَلَعَ مَجَّانًا(٩).

وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ (3) فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ

....

(1) خ المغني والمحلي: للتفرج.

(2) خ المغني والسراج: أعاره.

(3) خ ط والمحلي والمغني: أرضه.

---

(١) لأنه لا ضرورة إليه فكان كالأجنبي.

(٢) صيانة لملكه عن الضياع.

(٣) كسائر أملاكه، وسواء باعه من صاحبه أو من غيره.

(٤) لأن ملكه غير مستقر، إذ للمعير تملكه بالقيمة.

(٥) في جميع ما مر، لأن التأقيت وعد لا يلزم.

(٦) لأن فائدة التأقيت القلع بعد المدة، وأجيب بأن فائدته طلب الأجرة أو منع الإحداث.

(٧) لأنه محترم، وله أمد ينتظر بخلاف البناء والغراس.

(٨) لأن الإباحة انقطعت بالرجوع.

(٩) لما أشار إليه من كونه مقصرًا، ويلزمه أيضًا تسوية الأرض، أما إذا لم يقصر فلا يقلع مجانًا.

الْبَذْرِ[١]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ[٢].

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا: أَعَرْتَنِيهَا، فَقَالَ [1]: أَجَّرْتُكَهَا، أَوِ اخْتَلَفَ مَالِكُ الأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ [2] فَالمُصَدَّقُ المَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ[٣]، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعَرْتَنِي، وَقَالَ: بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي[٤]، فَإِنْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ فَقَدِ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ[٥]، وَلَكِنْ الأَصَحُّ أَنَّ الْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ[٦]، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ، وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ، فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ المَالِكُ أَكْثَرَ حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ[٧].

* * *

(1) خ المغني والنهاية والسراج: بل.

(2) سقطت كلمة: كذلك، من خ ط.

(١) لأنه عين ماله تحول إلى صفة أخرى فلم يزل ملكه عنه.

(٢) لانتفاء إذن المالك فيه فصار شبيهًا بما لو انتشرت أغصان شجرة غيره إلى هواء داره فإن له قطعها.

(٣) لأن الغالب أنه لا يأذن في الانتفاع بملكه إلاَّ بمقابل، فيحلف لكل يمينًا تجمع نفيًا وإثباتًا أنه ما أعاره بل أجره، فيستحق أجرة المثل.

(٤) لأن الأصل عدم إذنه، فيحلف ويستحق أجرة المثل.

(٥) لأن كلاً من المعار والمغصوب مضمون.

(٦) إن كانت متقومة وإلاَّ فبالمثل على المعتمد كما في التحفة ٥/ ٤٣٦.

(٧) لأن غريمه ينكرها، وأما المتفق عليه فيأخذه بلا يمين لموافقة غريمه على استحقاقه.

كتاب الغصب[1]

هُوَ: الِاسْتِيلاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا، فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ[2].

وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ

---

(١) الأصل في تحريمه قبل الإجماع آيات من كتاب الله تعالى كقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].
وقوله سبحانه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
وحديث عبد الرحمن بن أبـي بكرة عن أبيه أن النبـي ﷺ قال: «... فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا، ليبلغ الشاهد الغائب، فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه». أخرجه البخاري في العلم، باب قول النبـي ﷺ: رب مبلغ أوعى من سامع برقم ٦٧، ومسلم في القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال برقم ١٦٧٩.
وحديث سعيد بن زيد أن النبـي ﷺ قال: من اقتطع شبرًا من الأرض ظلمًا طَوَّقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين». أخرجه البخاري في بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين برقم ٣١٩٨، ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها برقم ١٣٧ (١٦١٠).

(٢) لحصول غاية الاستيلاء، وهي الانتفاع تعديًا، ولو لم يقصد الاستيلاء.

فَغَاصِبٌ[1]، وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ[2].

وَلَوْ سَكَنَ بَيْتًا وَمَنَعَ المَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ[3]، وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الِاسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ المَالِكُ فِيهَا فَغَاصِبٌ[4]، وإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ[5] إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفًا لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِيًا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ[6].

وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ[7]، فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ[8]، وَلَوْ أَتْلَفَ مَالاً فِي يَدِ مَالِكِهِ ضَمِنَهُ[9].

---

(١) أما في الأولى فلأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده، وأما في الثانية فلأنه لا يعتبر في قبضها دخولها والتصرف فيها.

(٢) لأنه خلاف ما دل عليه كلام عامة الأصحاب، وهذا الوجه حكاه الغزالي ووجهه أنه لا يعتبر غاصبًا عرفًا ورد بأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

(٣) لأنه الذي استولى عليه.

(٤) لحصول الاستيلاء في الحال، ولو كان الداخل ضعيفًا والمالك قويًا، لأن قوته إنما تسهل النزع منه حالاً ولا تمنع استيلاءه.

(٥) لاجتماع يدهما، فيكون الاستيلاء لهما معًا.

(٦) لأنه لا عبرة بقصد ما لا يمكن تحقيقه.

(٧) لحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، وقد تقدم في العارية ص ١٩٨.

ويجب الرد فورًا عند التمكن وإن عظمت المؤنة، وإن كان غير متمول.

(٨) إجماعًا كما حكياه في التحفة ٦/ ١٠، والنهاية ٥/ ١٥١.

(٩) إجماعًا كذلك كما في المصدرين السابقين، إلاّ في مسائل معدودة مستثناة من ذلك تراجع في الشروح المذكورة.

وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِنَ[1]، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ لَمْ يَضْمَنْ[2].

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ ضَمِنَ[3]، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الحَالِ ضَمِنَ[4]، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا[5].

وَالأَيْدِي المُتَرَتِّبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ، وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الغَصْبَ[6]، ثُمَّ إِنْ عَلِمَ فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ[7]، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَةِ[8]، وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ[9].

---

(١) لأن الخروج المؤدي إلى التلف ناشىء عن فعله، وإن حضر مالكه وأمكنه تداركه.

(٢) لأن الخروج بالريح لا بفعله، مع عدم تحقق هبوبها.

(٣) بالإجماع كما في التحفة ٦/ ١٢، والنهاية ٥/ ١٥٤، لأنه ألجأه إلى الفرار فكان كما لو باشر إتلافه.

(٤) لإشعاره بتنفيذه.

(٥) لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره، وإن كان الفتح سببًا لأن السبب إذا لم يكن ملجئًا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه وقدمت المباشرة عليه، كما لو حفر بئرًا فوقع فيه إنسان باختياره.

(٦) لأنه وضع يده على ملك غيره بغير إذنه، والجهل إنما يسقط الإثم لأنه من خطاب التكليف، لا الضمانِ، لأنه من خطاب الوضع، فلصاحب الحق أن يطالب من شاء منهما.

(٧) لأن حد الغصب صادق عليه.

(٨) لأنه دخل على الضمان فلم يغره الغاصب.

(٩) لأنه دخل على أن يده نائبة عن الغاصب، فلو غرم الغاصب لم يرجع عليه.

وَمَتَى أَتْلَفَ الآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلاًّ بِهِ فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا[١]، وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَامًا مَغْصُوبًا ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الأَظْهَرِ[٢]، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ بَرِئَ الْغَاصِبُ[٣].

فَصْلٌ

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ أُتْلِفَ أَوْ تَلف (1) تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ[٤]، وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لاَ يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ[٥]، وَكَذَا المُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ[٦]، وَإِنْ أُتْلِفَتْ فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ[٧]، وَعَلَى الجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ[٨].

....

(1) خ النهاية والتحفة والسراج: تلف أو أتلف.

---

(١) يعني سواء كانت يده يد ضمان أو أمانة، وذلك لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية.

(٢) لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة، هذا إن لم يقل له: هو ملكي، وإلاَّ لم يرجع عليه لاعترافه بأن المالك ظلمه، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه.

(٣) لأنه باشر إتلاف ماله باختياره.

(٤) لأنه مال متقوم فوجبت قيمته كسائر الأموال المتقوَّمة.

(٥) إجماعًا كما في التحفة ٦/١٦، والنهاية ٥/١٥٩، قياسًا على سائر الحيوانات فإن لم ينقص لم يلزمه شيء.

(٦) لأن الساقط من غير جناية لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا ضرب على العاقلة فأشبه الأموال.

(٧) قياسًا على سائر الأموال.

(٨) لأنه يشبه الحر في كثير من الأحكام.

وَالْقِيمَةُ فِيهِ كَالدِّيَةِ فِي الحُرِّ[١]، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ[٢].

وَسَائِرُ (1) الحَيَوَانِ بِالْقِيمَةِ[٣]، وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوَّمٌ[٤]، وَالأَصَحُّ أَنَّ المِثْلِيَّ مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ[٥]، كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنُحَاس وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ، لاَ غَالِيَةٍ وَمَعْجُونٍ[٦] فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ[٧] تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْقِيمَةُ[٨]، وَالأَصَحُّ أَنَّ المُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ المِثْلِ[٩].

....

(1) خ ط: ويضمن سائر.

---

(١) قياسًا عليه للعلة السابقة.

(٢) كما يجب في الحر نصف دية، هذا إذا كان الجاني غير غاصب، أما الغاصب فيلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش، لأن الغاصب يضمن بأقصى القيم.

(٣) لأنه لا يشبه الآدمي، بل الجماد، فأوجبنا فيه ما نقص قياسًا على الجهاد.

(٤) لأن المال إن كان له مثل فهو المثلي وإلاّ فالمتقوم.

(٥) ونسب المصنف في الروضة ٥/١٨ هذا التعريف للإمام الشافعي في المختصر.

(٦) لاختلاف أجزائهما، مع عدم انضباطهما، فهما مما خرج بقيد جواز السلم.

(٧) لأنه أقرب إلى حقه، ولأن المثل كالنص، إذ هو محسوس، والقيمة كالاجتهاد ولكن هذا ما لم يتراضيا على قيمته.
والأصل في ضمان المثلي حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها ــ يعني النبي ﷺ ــ وجعل فيها الطعام، وقال «كلوا» وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة». أخرجه البخاري في المظالم، باب إذا كسر قصعة أو شيئًا لغيره برقم ٢٤٨١.

(٨) لأنه الآن كما لا مثل له بالكلية.

(٩) لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب، لكونه كان مأمورًا برده كما كان مأمورًا برد =

وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْصُوبَ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ[١] وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيمَةِ فِي الْحَالِ[٢]، فَإِذَا رَدَّهُ رَدَّهَا[٣]، فَإِنْ تَلِفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ[٤]، فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرَ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً[٥].

وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ التَّلَفِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ[٦] وَإِلَّا فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ[٧] بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ التَّلَفِ[٨].

وَأَمَّا الْمُتَقَوَّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَصْبِ إِلَى التَّلَفِ[٩]، وَفِي

= المغصوب، فإذا لم يفعل غرم أقصى قِيَمِه في تلك المدة، لأنه ما من حالة إلاَّ وهو مطالب برده فيها، أما إذا كان المثل مفقودًا عند التلف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف.

(١) للحديث السابق: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

(٢) للحيلولة بينه وبين ملكه.

(٣) لزوال الحيلولة، ويمتنع رد بدلها مع وجودها.

(٤) لأنه كان له مطالبته برد العين فيهما.

(٥) لأنه كان له مطالبته بالمثل فيه.

(٦) إذ لا ضرورة على واحد منهما حينئذٍ.

(٧) لما في ذلك من الضرر.

(٨) لأن تعذر الرجوع إلى المثل كالانقطاع.

(٩) لأنه في حالة زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله بخلاف ما لو رده بعد الرخص فإنه لا يضمن شيئًا، لأنه مع بقاء العين يمكن توقع الزيادة في المستقبل.

الإِتْلاَفِ بِلاَ غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ[١]، فَإِنْ جَنَى وَتَلِفَ بِسَرَايَةٍ فَالْوَاجِبُ الأَقْصَى أَيْضًا[٢].

وَلاَ تُضْمَنُ الخَمْرُ[٣] وَلاَ تُرَاقُ عَلَى ذِمِّيٍّ[٤] إِلاَّ أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا[٥]، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتِ الْعَيْنُ[٦] وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ[٧] إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ[٨].

وَالأَصْنَامُ وَآلاَتُ المَلاَهِي لاَ يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ[٩]، وَالأَصَحُّ أَنَّهَا لاَ تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ[١٠]، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ[١١]،

---

(١) لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك، وبعده معدوم لا وجود له.

(٢) لأن ذلك إذا وجب في اليد العادية ففي الإتلاف أولى.

(٣) لانتفاء قيمتها كسائر النجاسات.

(٤) لأنهم يقرون على الانتفاع بها، بمعنى أنه لا يتعرض لهم فيه إذا كان ذلك في بيوتهم أو ستر.

(٥) لأن في إظهار ذلك استهانة بالإسلام، والإظهار هو الإطلاع عليها من غير تجسس، والخنزير كالخمر في ذلك، ولو كان ذلك مع مثله.

(٦) لما تقرر من إقراره عليها.

(٧) وهي التي عصرت بقصد الخِلِّيَّة، أو بلا قصد الخمريَّة، فتخمَّرت.

(٨) لأن له إمساكها لتصير خلاً، أما غير المحترمة فتراق ولا ترد عليه. ومن أظهر خمرًا وزعم أنها محترمة لم يقبل منه، وإلاَّ لاتخذ الفساق ذلك سبيلاً إلى اقتناء الخمور وإظهارها.

(٩) لأن منفعتها محرَّمة، والمحرم لا يقابل بشيء، مع وجوب إبطالها على القادر عليه، أما آلة لهو غير محرم كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها.

(١٠) لإمكان إزالة الهيئة المحرمة بذلك مع بقاء بعض المالية، إلاَّ أن يفعله الإمام.

(١١) لزوال الاسم والهيئة المحرمة بذلك، فلا يكفي إزالة الأوتار مثلاً مع بقاء الجلد اتفاقًا كما في التحفة ٦/٢٨، والنهاية ٥/١٦٩، لأنها مجاورة لها منفصلة.

فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ(١).

وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ(٢)، وَلاَ تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ إلاَّ بِتَفْوِيتٍ(٣)، وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ الحُرِّ فِي الأَصَحِّ(٤).

وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ وَجَبَ الأَرْشُ مَعَ الأُجْرَةِ(٥)، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ بِأَنْ بَلِيَ الثَّوْبُ فِي الأَصَحِّ(٦).

فَصْلٌ

ادَّعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ المَالِكُ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ(٧)،

---

(١) لأن صاحبه مفرط، لكن لا يجوز إحراقها إلاَّ إذا تعين طريقًا للإزالة، لأن رضاضها متمول، وإضاعة المال أو إتلافه حرام إلاَّ عند الضرورة.

(٢) لأن المنافع متقوِّمة فضمنت بالغصب كالأعيان، سواء كان مع ذلك أرش نقص أم لا.

(٣) لأن اليد لا تثبت عليه، بل اليد على منفعته للمرأة بدليل أن السيد يزوج أمته المغصوبة، ولا يؤجرها لأن يد الغاصب حائلة، وعليه فإنه لا يضمن إلاَّ بالوطء ويجب فيه مهر المثل كما سيأتي في آخر الباب ص ٢١٨.

(٤) لأن الحر لا يدخل تحت اليد.

(٥) لفوات منافعه في يده، ولا يتداخلان لأن السبب مختلف.

(٦) لأن كلاً منهما يجب ضمانه عند الانفراد فكذا عند الاجتماع.

(٧) لأنه قد يكون صادقًا ويعجز عن البينة، فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه.

فَإِذَا حَلَفَ غَرَّمَهُ المَالِكُ فِي الأَصَحِّ(١).

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوِ (1) الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ المَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خِلْقِيٍّ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ(٢)، وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ يُصَدَّقُ المَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الأَصَحِّ(٣).

وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيمَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ(٤)، وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ثُمَّ لَبِسَهُ فَأَبْلَاهُ (2) فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ(٥).

قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ، أَوْ أُتْلِفَ أَحَدُهُمَا غَصْبًا أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ، لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الأَصَحِّ(٦)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

....

(1) خ المغني والسراج: أوفى.

(2) سقطت كلمة: أبلاه، من المغني والسراج.

---

(١) لعجزه عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب.

(٢) لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة في الأولى، وثبوت يده في الثانية على العبد وما عليه وعدم السلامة من الخلقي في الثالثة.

(٣) لأن الأصل السلامة من ذلك.

(٤) لبقائه بحاله.

(٥) لأن الناقص باللبس نصف القيمة، فلزمه قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف وهي خمسة، والنقص الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص وهو غير مضمون ويجب مع الخمسة التي هي أرش النقص أجرة المثل.

(٦) لأن خمسة قيمة للتالف، وثلاثة لأرش ما حصل من التفريق عنده لأنه أتلف أحدهما وأدخل النقص على الباقي بتعديه.

وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ الحِنْطَةَ هَرِيسَةً فَكالتَّالِفِ[١]، وَفِي قَوْلٍ: يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ[٢].

وَلَوْ جَنَى المَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالمَالِ[٣]، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ غَرَّمَهُ المَالِكُ[٤]، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ[٥] وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ المَالِكُ[٦] ثُمَّ يَرْجِعُ المَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ[٧].

وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِكِ فَبِيعَ فِي الجِنَايَةِ رَجَعَ المَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ[٨].

وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَنَقَلَ تُرَابَهَا أَجْبَرَهُ المَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ الأَرْضِ كَمَا كَانَتْ[٩]، وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ المَالِكُ إِنْ كَانَ

---

(١) لإشرافه على التلف، إذ لو تركه بحاله فسد، فكأنه هلك فيغرم بدل جميع المغصوب من مثل أو قيمة.

(٢) قياسًا على التعييب الذي لا يسري.

(٣) لأن الأقل إن كان القيمة فهو الذي دخل في ضمانه، أو المال فلا واجب غيره، ويجب مع ذلك أرش العيب الذي اتصف به.

(٤) أقصى القيم، قياسًا على سائر الأعيان، وفي بعض نسخ الشروح كالتحفة والنهاية ذكر أقصى القيم على أنها من المتن.

(٥) لأن جناية المغصوب مضمونة عليه.

(٦) لأن حقه كان متعلقًا بالرقبة فيتعلق ببدلها.

(٧) لأنه أخذه منه بجناية مضمونة على الغاصب.

(٨) لأن الجناية حصلت حين كان مضمونًا عليه.

(٩) لإمكانه، فإن لم يمكن إلَّا بإعادة تراب آخر لزمه ذلك إن أذن له المالك.

لَهُ فِيهِ غَرَضٌ(١)، وَإِلاَّ فَلاَ يَرُدُّهُ بِلاَ إِذْنٍ فِي الأَصَحِّ(٢)، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبِئْرِ وَطَمُّهَا(٣).

وَإِذَا أَعَادَ الأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَلاَ أَرْشَ(٤) لَكِنْ عَلَيْه أُجْرَةُ المِثْلِ لِمُدَّةِ الإِعَادَةِ(٥)، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا(٦).

وَلَوْ غَصَبَ زَيْتًا وَنَحْوَهُ فَأَغْلاَهُ [1] فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ رَدَّهُ وَلَزِمَهُ [2] مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الأَصَحِّ(٧)، وَإِنْ نَقَصَتِ الْقِيمَةُ فَقَطْ لَزِمَهُ الأَرْشُ(٨)، وَإِنْ نَقَصَتَا غَرِمَ الذَّاهِبَ وَرَدَّ الْبَاقِي مَعَ أَرْشِهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيمَةِ أَكْثَرَ(٩)، وَالأَصَحُّ أَنَّ السِّمَنَ لاَ يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ

....

(1) خ ط ونسخ الشروح: وأغلاه.

(2) خ ط: ويلزمه.

---

(١) كأن دخل الأرض نقص يرتفع بالرد أونقله إلى مكان وأراد تفريغه منه.

(٢) لأنه تصرف في ملك غيره بلا حاجة.

(٣) فعليه الطم بترابها إن بقي، وبمثله إن تلف إن طلب المالك ذلك، بل له ذلك وإن لم يطلبه المالك ليدفع عن نفسه الضمان بالسقوط فيها إلاَّ أن يمنعه منه ولا غرض له فيه غير دفع الضمان، فإن كان له غرض غيره فله الطم في الأصح.

(٤) لعدم الموجب له.

(٥) لوضع يده عليها.

(٦) لاختلاف سببهما.

(٧) لأن له بدلاً مقدرًا وهو المثل فأوجبناه، وإن زادت القيمة بالإغلاء قياسًا على ما لو خصى العبد فإنه يضمن قيمته وإن زادت أضعافها.

(٨) جبرًا له.

(٩) كأن صار الصاعُ نصفَ صاع، يساوي أقل من نصف درهم، فإن لم تنقص القيمة =

قَبْلَهُ[١]، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ[٢]، وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لَا يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعًا[٣].

وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ فَالأَصَحُّ أَنَّ الخَلَّ لِلْمَالِكِ[٤]، وَعَلَى الْغَاصِبِ الأَرْشُ إِنْ كَانَ الخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً[٥]، وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ، فالأَصَحُّ أَنَّ الخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ[٦].

فَصْلٌ

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَرًا مَحْضًا كَقُصَارَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا[٧]، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ[٨]، وَأَرْشُ النَّقْصِ[٩]،

= كأن صار نصف الصاع يساوي نصف درهم فلا أرش، وإن لم ينقص واحد منهما فلا شيء غير الرد.

(١) لأن السمن الثاني غير الأول، وما نشأ عن فعل الغاصب لا قيمة له، حتى لو زال هذا غرم أرشه.

(٢) لأن العائد هو عين الأول بخلاف السمن.

(٣) ولو كانت أرفع من الأولى، للتغاير مع اختلاف الأغراض باختلاف الصنائع.

(٤) لأنه عين ماله، وإنما انتقل من صفة لأخرى.

(٥) لحصوله في يده، فإن لم تنقص قيمته اقتصر عليه.

(٦) لأنهما فرع ما اختص به، فيضمنهما الغاصب إن تلفا في يده.

(٧) لتعديه بعمله في ملك غيره.

(٨) لما تقرر من تعديه، ولو كان ذلك مع عسر كرد اللبِن طينًا، والدراهم والحلي سبائك ونحو ذلك، ولا يغرم أرش ما كان زاد بصنعته، لأن فواته بأمر المالك.

(٩) إن نقصت قيمته بالزيادة عما كانت عليه قبلها فيما لا يمكن رده، ويلزمه مع ذلك أجرة مثله، لدخوله في ضمانه بتعديه.

وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا: كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ كُلِّفَ الْقَلْعَ[١].

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ بِصَبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ[٢]، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ فَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ[٣]، وَإِنْ نَقَصَتْ لَزِمَهُ الأَرْشُ[٤] وَإِنْ زَادَتِ اشْتَرَكَا فِيهِ[٥].

وَلَوْ خَلَطَ المَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ التَّمْيِيزُ لَزِمَهُ، وَإِنْ شَقَّ[٦]، فَإِنْ

---

(١) لحديث سعيد بن زيد عن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرقٍ ظالمٍ فيه حقٌّ». أخرجه البخاري ترجمة في الحرث والمزرعة، باب من أحيا أرضًا مواتًا ٣/ ٩٧ بصيغة التمريض، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب إحياء الموات برقم ٣٠٧٣، والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات برقم ١٣٧٨، وقال: حسن غريب. وأخرجه البيهقي في الكبرى ٦/ ٩٩ وزاد: قال: «فاختصم رجلان من بياضة إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضى رسول الله ﷺ لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال عروة: فلقد أخبرني الذي حدثني قال: رأيتها وإنه ليضرب في أصولها بالفؤوس وإنه لنخل حتى أخرجت».

(٢) قياسًا على البناء والغراس، وذلك لعموم قوله ﷺ: «لا يحل لامرىء أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه، وذلك لشدة ما حرم الله عز وجل مال المسلم على المسلم». كما أخرجه البيهقي في الكبرى، في الغصب، باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارًا ٦/ ١٠٠.

(٣) لعدم الزيادة، ولا شيء عليه لعدم النقص.

(٤) لحصول النقص بفعله.

(٥) أي الثوب، هذا بصبغه، وهذا بثوبه أثلاثًا، ثلثاه للمغصوب منه وثلثه للغاصب، وذلك لأن الصبغ عين مال له قيمة، لا يحل أخذه إلاَّ بطيب نفس.

(٦) لسهولته عليه ولإمكان رد عين ما أخذه.

تَعَذَّرَ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ كالتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ(١)، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ المَخْلُوطِ(٢).

وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا أُخْرِجَتْ(٣)، وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ فَكَذَلِكَ (1) (٤) إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ(٥).

وَلَوْ وَطِىءَ المَغْصُوبَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حُدَّ(٦)، وَإِنْ جَهِلَ فَلَا حَدَّ(٧)، وَفِي الحَالَيْنِ يَجِبُ المَهْرُ(٨) إِلَّا أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ(٩)، وَعَلَيْهَا الحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ(١٠).

....

(1) خ ب: فكذا.

---

(١) لأنه لما تعذر رد بدله، أشبه التالف، فيملكه الغاصب إن كان مما يقبل التملك.

(٢) لأن الحق قد انتقل إلى ذمته، ولما تقرر أن المختلط صار كالهالك.

(٣) ولو تلف من مال الغاصب أضعاف قيمتها لتعديه، ويلزمه أجرة مثلها وأرش نقصها.

(٤) أي يلزمه إخراجها، لأنها مغصوبة يمكن ردها، فوجب ردها وأرش نقصها وأجرة المثل، ما لم تصر لا قيمة لها بأن تتعفن أو تبلى، فتجب قيمتها حينئذٍ.

(٥) لأن حرمة المعصوم في نفسه أو ماله آكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان، مع بذل قيمته، ولا يجوز أخذه لحفظ المال.

(٦) لأنه زنا، سواء كانت عالمة بالتحريم أو جاهلة، ومثلها المرتدة إذا ماتت على ردتها.

(٧) لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٨) لأنه استوفى المنفعة وهي غير زانية.

(٩) لأنها زانية وقد نهى رسول الله ﷺ عن مهر البغي، فعن أبـي مسعود ـ البدري ـ رضي الله عنه قال: «نهى النبـي ﷺ عن ثمن الكلب ومهر البغي وحُلوان الكاهن». أخرجه البخاري في الطب، باب الكهانة برقم ٥٧٦١.

(١٠) لأنها زانية.

وَوَطْءُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الحَدِّ وَالمَهْرِ(١)، فَإِنْ غَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الأَظْهَرِ(٢)، وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ(٣)، وَإِنْ جَهِلَ فَحُرٌّ(٤) نَسِيبٌ(٥)، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ(٦) يَوْمَ الانْفِصَالِ(٧)، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ(٨).

وَلَوْ تَلِفَ المَغْصُوبُ عِنْدَ المُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ (1) (٩)، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الأَظْهَرِ(١٠)، وَلاَ يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا فِي الأَظْهَرِ(١١)، وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ، وَكَذَا (2) بِأَرْشِ نُقْصِ بِنَائِهِ

....

(1) خ المغني والتحفة والسراج: لم يرجع به.
(2) سقطت كلمة: كذا، من ط ونسخ الشروح.

---

(١) لاشتراكهما في وضع اليد على ملك الغير بغير حق.
(٢) لأنه الذي انتفع به وباشر الإتلاف، وكذا أرش البكارة، لأنه بدل جزء منها أتلفه.
(٣) لما مر أنه زنا.
(٤) لأنه انعقد رقيقًا ثم عتق.
(٥) للشبهة بالجهل.
(٦) بتقدير رقه، وذلك لتفويته رقه بظنه.
(٧) حيًا، لتعذر التقويم قبله.
(٨) لأنه غره بالبيع، وغرمها ليس من قضية الشراء، بل قضيته أن يسلم له الولد حرًا من غير غرامة.
(٩) وإن جهله، لأن المبيع بعد القبض من ضمانه، وإنما يرجع عليه بالثمن.
(١٠) لأن التعييب بآفة من ضمان المشتري.
(١١) لأنه هو الذي استوفى المنفعة، كما مر في المهر.

وَغِرَاسِهِ إِذَا نُقِضَ فِي الأَصَحِّ[١].

وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ المُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى المُشْتَرِي[٢]، وَمَا لاَ فَيَرْجِعُ[٣].

قُلْتُ: وَكُلُّ مَنِ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

(١) لأنه غره بالبيع.

(٢) لأن القرار على الغاصب فقط، لا على المشتري.

(٣) لأن القرار عليه فقط لتلفه تحت يده، وذلك كقيمة العين والأجزاء ومنافع استوفاها.

(٤) فيما تقرر من الرجوع وعدمه. كما تقدم ص ٢٠٧.

كتاب الشفعة[1]

لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ[2]، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعًا[3]، وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ فِي الأَصَحِّ[4].

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة».

أخرجه البخاري في الشفعة، في أوله باب الشفعة فيما لم يقسم برقم ٢٢٥٧، ومسلم في المساقاة، باب الشفعة برقم ١٣٤/١٦٠٨، واللفظ للبخاري، وفي لفظ لمسلم: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».

وفي لفظ له: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبـي فشريكه أحق به حتى يؤذنه».

(٢) لحديث جابر السابق: «... ربعة أو حائط»، ولأن المنقول لا يدوم بخلاف العقار، فيتأبد فيه ضرر المشاركة.

(٣) للحديث السابق: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط...».

(٤) لأنه يتبع الأصل في البيع فيتبعه في الأخذ قياسًا على البناء والغراس ولو لم يتفق الأخذ لها حتى أبِّرت لدخولها في مطلق البيع.

وَلَا شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ(١)، وَكَذَا مُشْتَرَك فِي الأَصَحِّ(٢)، وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ المَقْصُودَةُ كَحَمَّامٍ وَرَحًى لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي الأَصَحِّ(٣).

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ(٤)، وَلَوْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا(٥)، وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُهَا فِي المَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ(٦)، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ بَابٍ إِلَى (1) شَارِعٍ(٧) وَإِلَّا فَلَا(٨).

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ

(1) خ س: إلى دار شارع، وهو خطأ.

---

(١) لأنه لا قرار لها فهي كالمنقول.

(٢) لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له حيث ينتقل إذا كان مِن خشب أو نحوه.

(٣) لأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم، وهذا بخلاف الكبيرين الذين يمكن قسمتهما من غير ضرر.

(٤) للحديث السابق: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه الشريك فيتأذى به، فتدعو الحاجة إلى مقاسمته، فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.

(٥) لانتفاء الشركة فيها، فأشبه ما لو باع عقارًا غير مشترك.

(٦) لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبه غير الطريق.

(٧) لإمكان الوصول إليها حينئذٍ من غير ضرر.

(٨) لما فيه من إضرار المشتري، إذ يبقى ملكه بغير طريق، والشفعة إنما تثبت لدفع الضرر، فلا يزال الضرر بالضرر.

كَمَبِيعٍ (1) وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ[١]، وَنُجُومٍ[٢] وَأُجْرَةٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ[٣].

وَلَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الخِيَارُ[٤]، وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي[٥] وَإِلاَّ فَلاَ[٦].

وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشَّقْصِ عَيْبًا وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ فَالأَظْهَرُ إِجَابَةُ الشَّفِيعِ[٧].

وَلَوِ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا أَوْ بَعْضَهَا فَلاَ شُفْعَةَ لأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ[٨]،

. . . .

(1) خ ط: كبيع.

---

(١) للنص فيها بالبيع لحديث جابر السابق: «. . . لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».
وقيس عليه المهر وعوض الخلع وصلح الدم، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع.

(٢) بناءً على صحة الاعتياض عنها والمعتمد المنع كما جزم به المصنف في بابه، لأنها غير مستقرة.

(٣) لحصولهما بالمعاوضة.

(٤) لأن المشتري لم يملك فيهما، إذ هو في الصورة الأولى موقوف، وفي الثانية ملك البائع.

(٥) نظرًا إلى أنه آيل إلى اللزوم.

(٦) لبقاء ملك البائع، أو انتظار عوده.

(٧) لأن حقه سابق على حق المشتري لثبوته بالبيع، وحتى لا يبطل حقه من الشفعة.

(٨) لحصول الملك لهما في وقت واحد.

وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الأَرْضِ فَالأَصَحُّ أَنَّ الشَّرِيكَ لاَ يَأْخُذُ كُلَّ المَبِيعِ بَلْ حِصَّتَهُ(١).

وَلاَ يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ(٢) وَلاَ إِحْضَارُ الثَّمَنِ(٣) وَلاَ حُضُورُ المُشْتَرِي(٤).

وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ الشَّفِيعِ كَتَمَلَّكْتُ أَوْ أَخَذْتُ بِالشُّفْعَةِ(٥).

وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ: إِمَّا تَسْلِيمُ الْعِوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي، فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي(٦) التَّسَلُّمَ (1) مَلَكَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ(٧)، وَإِمَّا رِضَى الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ(٨)، وَإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا

. . . .

(1) خ ب والمحلى: التسليم.

---

(١) لاستوائهما في الشركة، كما لو كان المشتري أجنبيًا.

(٢) لثبوتها بالنص كما سبق من حديث جابر رضي الله عنه.

(٣) قياسًا على البيع بجامع أنه تملك بعوض.

(٤) ولا رضاه، قياسًا على الرد بالعيب.

(٥) كسائر العقود التي لا تتم إلاَّ باللفظ المعبر عن الإيجاب، ويشترط مع ذلك أن يعلم الثمن كالبيع، وإلاَّ كان غررًا.

(٦) في حالة ما إذا امتنع من أخذ الثمن.

(٧) لوصوله إلى حقه في الصورة الأولى، وتقصيره في الصورة الثانية، حيث لم يأخذ الثمن فكان مفرطًا، ومن ثم كفى وضعه بين يديه بحيث يتمكن من قبضه، سواء الثمن المعين، وما في الذمة وقبض الحاكم عن المشتري كاف.

(٨) لأنَّ الملك في المعاوضة لا يتوقف على القبض، وهذا حيث لا يكون ربا، فإن كان فيه ربا، كأن كان المبيع صفائح ذهب أو فضة، والثمن من الآخر لم يكف الرضا بكون الثمن في الذمة، بل يعتبر التقابض.

حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ(١).

وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصًا لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ(٢).

فَصْلٌ

إِنْ (1) اشْتَرَى بِمِثْلِيٍّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ(٣)، أَوْ بِمُتَقَوَّمٍ فَبِقِيمَتِهِ(٤) يَوْمَ الْبَيْعِ(٥)، وَقِيلَ: يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ(٦)، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ (2)، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ (3) بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي الْحَالِ أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحِلِّ وَيَأْخُذُ(٧).

....

(1) خ س ب: إذا.

(2) خ س ب: أو بمؤجَّلٍ لهما.

(3) خ ط: يتخيَّر.

---

(١) لتأكد اختيار التملك بحكم الحاكم، ولا يقوم مقامه الإشهاد على الطلب واختيار التملك.

(٢) بناءً على الأظهر أن بيع الغائب باطل، وليس للمشتري منع الشفيع من الرؤية.

(٣) لأنه أقرب إلى حقه.

(٤) لتعذر المثل.

(٥) لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة، ولا اعتبار بما حدث بعدها لحدوثه في ملك البائع.

(٦) يعني كما يعتبر الثمن حينئذٍ.

(٧) دفعًا للضرر من الجانبين، لأن الأخذ بالمؤجل يضر بالمشتري لاختلاف الذمم، وبالحال يضر بالشفيع، لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، ولا يسقط حقه بتأخيره لعذره.

وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْقِيمَةِ[1]، وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا وَكَذَا عِوَضُ الْخُلْعِ[2].

وَلَوِ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلِفَ امْتَنَعَ الأَخْذُ[3]، فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا وَقَالَ الْمُشْتَرِي: لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ[4]، وَإِنِ ادَّعَى عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الأَصَحِّ[5]، وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحِقًّا، فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ[6]، وَإِلاَّ أُبْدِلَ وَبَقِيَا[7].

وَإِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ[8]؛ وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الأَصَحِّ[9].

وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشِّقْصِ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ صَحِيحٌ[10]،

---

(١) بأن يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما وقت البيع، ويأخذ الشقص بحصته من الثمن.

(٢) لأن البضع متقوم، وقيمته مهر المثل، سواء كان أقل من قيمته أم لا، ولو أمهرها شقصًا مجهولاً وجب لها مهر المثل ولا شفعة لبقاء الشقص على ملك الزوج.

(٣) لتعذر الوقوف على الثمن، والأخذ بالمجهول غير ممكن.

(٤) لأن الأصل عدم علمه به، وحينئذٍ تسقط الشفعة.

(٥) لأنه لم يدع حقًا له.

(٦) لترتبها على البيع.

(٧) لأن إعطاءهُ عما في الذمّة لم يقع الموقع فكان وجوده كعدمه.

(٨) بأن اشتبه عليه بماله مثلاً، وذلك لعذره، وعليه إبداله.

(٩) لأنه لم يقصر في الطلب، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه.

(١٠) لأنه تصرف في ملكه، وإن لم يلزم، فكان كتصرف الولد فيما وهب له أبوه.

وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لاَ شُفْعَةَ فِيهِ كَالْوَقْفِ، وَأَخْذُهُ(١)، وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ كَبَيْعٍ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ أَوْ يَأْخُذَ بِالأَوَّلِ(٢).

وَلَوِ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي(٣) وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ الطَّالِبِ شَرِيكًا(٤)، فَإِنِ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ بِالْبَيْعِ فَالأَصَحُّ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ(٥)، وَيُسَلَّمُ [1] الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ(٦) وَإِنِ اعْتَرَفَ فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ يأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ؟(٧) فِيهِ خِلاَفٌ سَبَقَ فِي الإِقْرَارِ نَظِيرُهُ(٨).

....

(1) خ س ب: وتسليم.

---

(١) لأن حقه سابق على هذا التصرف فلا يبطل به، والمراد بالنقض الأخذ، لا أنه يحتاج للفظ.

(٢) لأن كلاً منهما صحيح، وربما كان أحدهما ثمنه أقل، أو جنسه أيسر عليه.

(٣) لأنه أعلم بما باشره، ولكن بيمينه.

(٤) لأن الأصل عدمهما، ويحلف في الأولى أنه ما اشتراه، وفي الثانية على نفي العلم بشركته.

(٥) عملاً بإقراره، إذ إقراره يتضمن إثبات حق المشتري وحق الشفيع، فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتري، كما لا يبطل حق المشتري بإنكار الشفيع.

(٦) لأنه تلقى الملك عنه، فكأنه المشتري منه.

(٧) لأنه مال ضائع.

(٨) ص ١٨٠، عند قول المصنف: «وإذا كذب المقر له المقر، ترك المال في يده في الأصح»، يعني: لأن يده تشعر بالملك ظاهرًا، وسقط إقراره بمعارضة الإنكار، فصرح هناك بالأصح، وصرح هنا بذكر المقابل له، اكتفاءً عن كل بنظيره، واغتفر للشفيع التصرف في الشقص مع بقاء الثمن في ذمته، لعذره بعدم مستحق له معين.

وَلَوِ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ(١)، وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ(٢).

وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لآخَرَ فَالْشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ(٣)، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَفَا عَنِ النِّصْفِ الأَوَّلِ شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الأَوَّلُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي(٤)، وَإِلاَّ فَلاَ(٥)، والأَصَحُّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ سَقَطَ حَقُّهُ(٦)، وَيخَيَّرُ (1) الآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الجَمِيعِ وَتَرْكِهِ(٧)، وَلَيْسَ لَهُ الاقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ(٨)، وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ سَقَطَ كُلُّهُ(٩).

وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ الجَمِيعِ فِي الحَالِ(١٠)، فَإِذَا حَضَرَ

. . . .

(1) خ الشروح: وتخيَّر.

---

(١) لأنه حق مستحق بالملك فقسط على قدره كالأجرة وكسب القن.

(٢) لأن سبب الشفعة أصل الشركة وهم مستوون فيها، بدليل أن الواحد يأخذ الجميع إذا انفرد، وإن قلَّ نصيبه.

(٣) لأنه ليس معه في حال البيع شريك إلاَّ البائع، والبائع لا يأخذ بالشفعة ما باعه.

(٤) لأن ملكه سبق البيع الثاني واستقر بعفو الشريك القديم عنه، فيستحق مشاركته.

(٥) لزوال ملكه.

(٦) قياسًا على سائر الحقوق المالية.

(٧) قياسًا على المنفرد.

(٨) لئلا تتبعض الصفقة على المشتري.

(٩) قياسًا على القصاص.

(١٠) لئلا تتبعض الصفقة على المشتري لو لم يأخذ الغائب، إذ يحتمل أنه أزال ملكه بوقف أو غيره، أو لا رغبة له في الأخذ، فالشك فيه قوي بخلاف الأول.

الْغَائِبُ شَارَكَهُ[١]، وَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ[٢].

وَلَوِ اشْتَرَيَا شِقْصًا فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا[٣]، وَلَوِ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنَ اثْنَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الأَصَحِّ[٤].

وَالأَظْهَرُ أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ[٥]، فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ[٦]، فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفًا مِنْ عَدُوٍّ فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ[٧]، وَإِلاَّ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الطَّلَبِ[٨]، فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا بَطَلَ حَقُّهُ (1) فِي الأَظْهَرِ[٩]، فَلَوْ كَانَ فِي صَلاَةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ فَلَهُ الإِتْمَامُ[١٠]، وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ: لَمْ أُصَدِّقِ الْمُخْبِرَ لَمْ يُعْذَرْ إِنْ

. . . .

(1) سقطت كلمة: حقه، من س.

---

(١) لثبوت حقه من البداية، وتبين أنه لم يزل هذا الحق.

(٢) لظهور غرضه في ترك أخذ ما يؤخذ منه، ولا يلزمه الإعلام بالطلب.

(٣) لأنه لم يفرق عليه ملكه إذ الصفقة متعددة.

(٤) لتعدد الصفقة بتعدد البائعين.

(٥) لأنه حق ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب. ولحديث ابن عمر: «الشفعة كحل العقال» أخرجه ابن ماجه ٢/ ٨٣٥، والبيهقي ٦/ ١٠٨، وضعّفه البوصيري ٢/ ٦٢، والحافظ في التلخيص ٣/ ٥٦.

(٦) قياسًا على الرد بالعيب، إذ هو حق ثبت لدفع الضرر، فليبادر به على العادة.

(٧) لأنه الممكن، لقاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور».

(٨) لاستيثاق على رغبته.

(٩) لتقصيره المشعر بالرضا.

(١٠) لأنه دخل فيها قبل علمه، فلا يكلف القطع، بل أن لا يتأخر عن العادة، ولا يلزمه الاقتصار على أقل مجزىء له.

أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ[١]، وَكَذَا ثِقَةٌ فِي الأَصَحِّ[٢]، وَيُعْذَرُ إِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ[٣].

وَلَو أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ فَبَانَ بِخَمْسِمِائَةٍ بَقِيَ حَقُّهُ[٤]، وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ فَلَا [1] [٥].

وَلَو لَقِيَ الْمُشْتَرِيَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، أَوْ قَالَ: بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَتِكَ لَمْ يَبْطُلْ[٦]، وَفِي الدُّعَاءِ وَجْهٌ[٧].

وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلاً بِالشُّفْعَةِ فَالأَصَحُّ بُطْلَانُهَا[٨].

* * *

....

(1) خ ط ونسخ الشروح: بطل.

---

(١) لأنه كان من حقه أن يعتمد ذلك، إذ هما مقبولان رواية وشهادة، وكذا لو أخبره رجل وامرأتان بصفة العدالة.

(٢) لأنه إخبار، وإخبار الثقة مقبول.

(٣) إذ هو معذور، لأن خبر الفاسق غير مقبول رواية ولا شهادة.
لكن إن أخبر عدد من الفساق لا يحتمل تواطؤهم على الكذب فلم يبادر سقط حقه، لحصول العلم بهم حينئذٍ.

(٤) لأنه إنما تركه للغلاء، وقد بان خلافه، ولم يتركهُ رغبة عنه.

(٥) لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى، وكذا لو أخبر بأنه مؤجل فترك فبان حالاً، لأن عفوه يدل على عدم رغبته، إذ كان متمكنًا من التعجيل لو أراد.

(٦) أما في الأولى فلأن السلام قبل الكلام سنة، وأما في الثانية فلأنه يدعو بالبركة ليأخذ صفقة مباركة، وكذا لا يبطل لو سأله عن الثمن، لأن جاهل الثمن لا بد له من معرفته.

(٧) أنه يبطل، لإشعاره بتقرير الشقص في يده.

(٨) لزوال سببها وهو الشركة بخلاف بيع البعض.

كتاب القِراض(١)

الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالاً لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ،

(١) الأصل فيه الإجماع كما في إجماعات ابن المنذر ص ٥٨ برقم ٥٢٧، ومراتب الإجماع لابن حزم ص ٩١، وقال فيه: «كل أبواب الفقه ليس منها باب إلاَّ وله أصل في القرآن أو السنة، نعلمه ولله الحمد، حاشا القراض فما وجدنا له، أصلاً فيهما ألبتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبـي ﷺ وعلمه فأقره، ولولا ذلك لما جاز». اهـ. ويدل عليه آثار كثيرة عن الصحابة سيأتي ذكر بعضها.
ودل عليه القياس على المساقاة، لأنها إنما جوزت للحاجة كما سيأتي، والمعنى فيها موجود في القراض، إذ الأثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود إلاَّ بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل في المساقاة، واحتج له الماوردي بعموم قول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، كما في الحاوي ٧/ ٣٠٥.
ومن أدلته أيضًا ما أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٨٨ من حديث زيد بن أسلم عن أبيه، في قصة عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم، مع أبـي موسى الأشعري رضي الله عنه حيث أعطاهما مالاً من البصرة إذ كان أميرًا عليها ليتجرا به، ثم يدفعان رأسه إلى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنهما ففعلا ما أمرهما به، فأبـى عليهم عمر رضي الله عنه إلاَّ أن يدفعا المال وربحه، فجادله عبيد الله بأن المال كان من ضمانهما لو تلف، فأبى عمر خشية أن يكون أبو موسى حابا أولاد أمير المؤمنين حيث لم يفعل ذلك مع الآخرين، فأشار عليه بعض جلسائه أن يجعله قراضًا، فرضي، فأمرهما أن يدفعا نصف ربحه، ويأخذا الباقي»، وكان ذلك بمحضر الصحابة فلم ينكر عليه أحد، وإسناد القصة صحيح كما قال الحافظ في التلخيص ٣/ ٥٧.

ويُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ كَوْنُ المَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ [1] (١)، فَلاَ يَجُوزُ عَلَى تِبْرٍ وَحُلِيٍّ(٢) وَمَغْشُوشٍ(٣) وَعُرُوضٍ(٤) وَمَعْلُومًا(٥) مُعَيَّنًا [2] (٦)، وَقِيلَ: يَجُوزُ عَلَى إِحْدَى الصُّرَّتَيْنِ(٧).

....

(1) خ الشروح عدا المحلي: زيادة: خالصة.

(2) خ ط: ومعينًا.

---

(١) للإجماع على ذلك كما في الروضة للمصنف ٥/ ١١٧، ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل والوثوق بالربح، وإنما جوّز للحاجة، فكان خاصًا بما يروج غالبًا، وهو النقد المضروب لأنه ثمن الأشياء، ولو أبطله السلطان لم تذهب ماليته فلذلك جاز عقده معه.

(٢) لاختلاف قيمهما.

(٣) لأن الغش الذي فيه عَرْضٌ، فتزيد قيمته وتنقص.

(٤) لأن القراض عقد غرر إذ العمل فيه غير مضبوط، والمقصود من القراض رد رأس المال والاشتراك في الربح، ومتى عقده على غير الأثمان لم يحصل المقصود من هذين الشرطين لأنه ربما زادت قيمة العروض فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل وفي رد قيمته إن لم يكن له مثل، وهذا إضرار بالعامل، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءًا يسيرًا من الكسب في رد مثله أو رد قيمته، ثم يشارك رب المال في الباقي، وفي هذا إضرار برب المال، إذ العامل هنا شاركه في أكثر رأس المال، وهذه المحاذير لا توجد في الأثمان لأنها لا تقوم بغيرها.

(٥) لأن مقتضى القراض رد رأس المال، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره، وأيضًا لدفع جهالة الربح.

(٦) فلا يجوز على ما في ذمته ولا ذمة الغير، ولا على إحدى الصُّرتين، للجهالة بمال القراض.

(٧) إن علم ما فيهما وتساويا جنسًا وقدرًا وصفة، لارتفاع الجهالة، والأصح المنع لعدم التعيين.

وَمُسَلَّمًا إِلَى الْعَامِلِ[١].

فَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ المَالِ فِي يَدِ المَالِكِ[٢]، وَلاَ عَمَلِهِ مَعَهُ[٣]، وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلاَمِ المَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ[٤].

وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا[٥]، فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنُ وَيَخْبِزُ، أَوْ غَزْلاً يَنْسُجُهُ وَيَبِيعُهُ فَسَدَ الْقِرَاضُ[٦].

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ، أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ[٧].

---

(١) بحيث يستقل باليد عليه، وليس المراد تسليمه حال العقد ولا في المجلس، بل أن لا يشترط عدم تسليمه.

(٢) لأنه قد لا يجده عند الحاجة.

(٣) لأن انقسام التصرف يفضي إلى انقسام اليد، وذلك ينافي مقتضى العقد من استقلال العامل بالعمل.

(٤) قياسًا على المساقاة، لأن الغلام من جملة ماله، فجاز استتباع بقية المال لعمله.

(٥) وهي الاسترباح بالبيع والشراء، دون الطبخ والخبز مثلاً فلا تسمى تجارة بل حرفة.

(٦) لأن القراض إنما شرع للحاجة رخصة، وهذه مضبوطة يتيسر الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة، والعامل فيها ليس متجرًا بل محترفًا، فليست من وظيفة العامل.

(٧) لأن المتاع المعين قد لا يربح فيه، والنادر قد لا يجده، والشخص المعين قد لا يتأتى من جهته ربح، أو لا يعامله، فكان في ذلك إخلال بالمقصود.

وَلاَ يُشْتَرَطُ (1) بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ[١]، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا فَسَدَ[٢]، وَإِنْ مَنَعَهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا فَلاَ فِي الأَصَحِّ[٣].

وَيُشْتَرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرِّبْحِ وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ[٤].

وَلَوْ (2) قَالَ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَكَ فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ[٥]، وَقِيلَ: قَرْضٌ (3) صَحِيحٌ[٦].

وَإِنْ قَالَ: كُلُّهُ لِي فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ[٧]، وَقِيلَ: إِبْضَاعٌ[٨].

وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ[٩]، فَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ لَكَ فِيهِ شَرِكَةً

....

(1) خ س ب: ولا يجوز.

(2) خ ط ونسخ الشروح عدا المحلي: فلو.

(3) خ الشروح: قِراض.

---

(١) لأن الربح المقصود منه لا ينضبط وقته، وفي ذلك الوقت قد لا يجد فيه راغبًا في شراء ما عنده من العرض.

(٢) لإخلال التأقيت بمقصود القراض، إذ قد لا يربح في تلك المدة.

(٣) لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد الشهر.

(٤) ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله.

(٥) لأنه خلاف مقتضى العقد، وله أجرة المثل، لأنه عمل طامعًا.

(٦) نظرًا للمعنى ولا عبرة باللفظ.

(٧) لما مر من مخالفته مقتضى العقد، ولا أجرة له هنا، وإن علم الفساد وظن وجوبها؛ لأنه عمل متبرعًا.

(٨) نظرًا للمعنى أيضًا، والإبضاع هو التوكيل بلا جعل، بأن يبعث المال مع من يتجر فيه تبرعًا والبضاعة المال المبعوث.

(٩) لأن القراض كالمساقاة وهي لا تجوز إلاّ على جزء معلوم، كما ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع كما سيأتي في المساقاة ص ٢٤٢.

أَوْ نَصِيبًا فَسَدَ[١]، أَوْ بَيْنَنَا، فَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ. وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ[٢].

وَلَوْ قَالَ: لِيَ النِّصْفُ[٣] فَسَدَ فِي الأَصَحِّ[٤]، وَإِنْ قَالَ: لَكَ النِّصْفُ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ[٥]، وَلَوْ شَرَطَ لأَحَدِهِمَا عَشَرَةً أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ فَسَدَ[٦].

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ[٧]، وَقِيلَ: يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ[٨]، وَشَرْطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ[٩].

وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ المَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي الْعَمَلِ وَالرِّبْحِ لَمْ

---

(١) للجهل بقدر الربح، إذ الشركة تقع على القليل والكثير فيعظم الضرر.

(٢) لتبادره إلى الفهم، كما لو قال: هذه الدار لزيد وعمرو.

(٣) وسكت عمّا للعامل.

(٤) لانصراف الربح للمالك أصالة لأنه نماء ماله، دون العامل فصار كله مختصًا بالمالك.

(٥) لانصراف ما لم يشترط للمالك بمقتضى الأصل المذكور.

(٦) لأن الربح قد ينحصر فيما قدره، أو في ذلك الصنف، فيؤدي لاستقلال أحدهما بالربح وهو خلاف وضع الباب.

(٧) قياسًا على غيره من العقود، ويشترط في القبول أن يكون بلفظ متصل بالإيجاب.

(٨) قياسًا على الوكالة والجعالة، ورد بأنه عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبههما.

(٩) لأن القراض توكيل وتوكل بعوض، فيشترط أهلية التوكيل في المالك. وأهلية التوكل في العامل، بأن لا يكون أحدهما سفيهًا ولا صبيًا ولا مجنونًا ولا رقيقًا بغير إذن سيده.

يَجُزْ فِي الأَصَحِّ(١)، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ(٢)، فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ(٣).

فَإِنِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِالجَدِيدِ(٤)، فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الأَوَّلِ فِي الأَصَحِّ(٥)، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ(٦)، وَقِيلَ: هُوَ لِلثَّانِي(٧)، وَإِنِ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ فَبَاطِلٌ(٨).

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلاً وَمُتَسَاوِيًا(٩)، وَالاِثْنَانِ وَاحِدًا(١٠) وَالرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ المَالِ(١١).

---

(١) لأن القراض على خلاف القياس، إذ موضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكًا لا عمل له، والآخر عاملاً لا ملك له، فلا يعدل إلى أن يعقد عاملان.

(٢) لما فيه من الافتيات على المالك، وسواء قصد المشاركة في عمل وربح أم ربح فقط أم قصد الانسلاخ.

(٣) لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل.

(٤) وهو أن الربح كله للغاصب.

(٥) لأن الثاني تصرف له بإذنه فأشبه الوكيل، ولأن الشراء صحيح والتسليم فاسد فيضمن الثمن الذي سلمه، ويسلم له الربح، سواء أعلم بالحال أم لا.

(٦) لأنه لم يعمل مجانًا.

(٧) لأنه لم يتصرف بإذن المالك، فأشبه الغاصب.

(٨) لأنه شراء فضولي بناءً على الجديد وهو المعتمد كما تقدم ص ١٠، والقديم أنه موقوف على إجازة المالك.

(٩) لأن عقده معهما كعقدين.

(١٠) لأن ذلك كعقد واحد.

(١١) وإلاَّ فسد لما فيه من شرط بعض الربح لمن ليس بمالك ولا عامل، وعليه فإذا شرطا للعامل نصف الربح، ومال أحدهما مائتان ومال الآخر مائة اقتسما النصف الآخر أثلاثًا.

وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ[١] وَالرِّبْحُ لِلْمَالِكِ[٢]، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ[٣] إِلَّا إِذَا قَالَ: قَارَضْتُكَ وَجَمِيعُ الرِّبْحِ لِي فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ[٤].

وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطًا[٥] لَا بِغَبْنٍ وَلَا نَسِيئَةٍ بِلَا إِذْنٍ[٦]، وَلَهُ الْبَيْعُ بِعَرْضٍ[٧]، وَلَهُ الرَّدُّ (1) بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ[٨]، فَإِنِ اقْتَضَتِ الْإِمْسَاكَ فَلَا فِي الْأَصَحِّ[٩]، وَلِلْمَالِكِ الرَّدُّ[١٠]، فَإِنِ اخْتَلَفَا عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ[١١].

....

(1) خ س ب والمحلي: والرَّد.

---

(١) نظرًا لبقاء الإذن كالوكالة الفاسدة، وليس كما لو فسد البيع لا ينفذ تصرف المشتري، لأنه هنا إنما تصرف بالملك، ولا ملك في البيع الفاسد.

(٢) لأنه نماء ملكه، وعليه الخسران أيضًا لو حدث.

(٣) لأنه لم يعمل مجانًا، بل عمل طامعًا في المسمى، وقد فاته، فوجبت أجرة عمله وإن لم يحصل ربح.

(٤) لأنه عمل مجانًا، ولم يطمع في شيء. كما تقدم آنفًا ص ٢٣٣.

(٥) قياسًا على الوكيل.

(٦) لأنه بالغبن يضر بالمالك، وفي النسيئة غرر، إذ ربما هلك رأس المال، فتبقى العهدة متعلقة بالمالك.

(٧) لأن الغرض هو الربح، وقد يكون فيه.

(٨) وإن رضي المالك بالعيب، لأن للعامل حقًا في المال، فلا يمنع منه رضا المالك بخلاف الوكيل، لأنه لا حق له في المال.

(٩) لإخلاله بمقصود العقد.

(١٠) يعني: جاز للمالك أن يرد، لأنه مالك الأصل.

(١١) لأن كلًا منهما له حق، فإن استوى الأمران فيها رجع إلى اختيار العامل لتمكنه من شراء المعيب بقيمته، فكان جانبه أقوى.

وَلاَ يُعَامِلُ المَالِكَ[١]، وَلاَ يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ المَالِ[٢]، وَلاَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى المَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ[٣]، وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الأَصَحِّ[٤]، وَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ[٥]، وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إِنِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ[٦].

وَلاَ يُسَافِرُ بِالمَالِ بِلاَ إِذْنٍ[٧]، وَلاَ يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا،

---

(١) لأنه يؤدي إلى بيع ماله بماله، بخلاف شرائه له منه بعين أو دين فإنه لا محذور فيه، لتضمنه فسخ القراض.

(٢) لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلاَّ بذلك، إلاَّ إذا أذن المالك.

(٣) لأن مقصود العقد تحصيل الربح، وهذا خسران كله، فإن أذن صح.

(٤) لتضرر المالك بانفساخ نكاحه.

(٥) لئلا يتضرر بذلك.

(٦) لما مر في الوكالة ص١٦٩، من أن الخطاب وقع منه فصرف إليه، وإن نوى المالك، لأنه لم يأذن له في ذلك، فصرف إلى العامل، إذ النية إنما تؤثر إذا تصرف بمقتضى الإذن.

(٧) لأن السفر مظنة الخطر، وإن قرب وأمن الطريق.

ولما أخرج الدارقطني في سننه ٣/ ٦٣، بسند رجاله ثقات كما قال الحافظ في بلوغ المرام ص ١٨٦، عن عروة بن الزبير أن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به: «أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به في بطن مسيل، فإن فعلت شيئًا من ذلك فقد ضمنت مالي».

وأخرج البيهقي في الكبرى ٦/ ١١١، عن ابن عباس أن أباه العباس رضي الله عنهما «كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرًا ولا ينزل به واديًا، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجازه».

وَكَذَا سَفَرًا فِي الأَظْهَرِ[١]، وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ: كَطَيِّ الثَّوْبِ وَوَزْنِ الخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ[٢] لَا (1) الأَمْتِعَةِ الثَّقِيلَةِ، وَنَحْوُهُ[٣]، وَمَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ[٤]، وَالأَظْهَرُ أَنَّ العَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ[٥].

وَثِمَارُ الشَّجَرِ وَالنِّتَاجُ وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالمَهْرُ الحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا المَالِكُ[٦]، وَقِيلَ: مَالُ قِرَاضٍ[٧].

وَالنَّقْصُ الحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ الرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ[٨]، وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَصْبٍ وَسَرِقَةٍ (2) بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ

. . . .

(1) خ س: إلَّا، وهو غلط.

(2) خ الشروح عدا المحلي: أو.

---

(١) لأن له نصيبًا من الربح فلا يستحق شيئًا آخر، ولأن النفقة قد تستغرق الربح، فيكون قد انفرد به.

(٢) لجريان العرف بذلك، إذ إطلاق اللفظ يحمل عليه.

(٣) لجريان العرف في الاستئجار لمثل ذلك، فإن تولاها بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه متبرع.

(٤) لأنه من تتمة التجارة ومصالحها.

(٥) لأنه لو ملك بالظهور، لكان شريكًا في المال، فيكون النقص بعد ذلك لو حدث محسوبًا عليهما، وليس كذلك.

(٦) لأنها ليست من فوائد التجارة، وإنما هي من نماء ماله.

(٧) لأنها بسبب شراء العامل لأصلها.

(٨) لاقتضاء العرف ذلك، وألحق به النقص بالمرض والتعيب الحادثين.

فِي الأَصَحِّ[١]، وَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ فِي الأَصَحِّ[٢].

فَصْلٌ

لِكُلٍّ فَسْخُهُ[٣]، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ انْفَسَخَ[٤]، وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا[٥]، وَتَنْضِيضُ رَأْسِ المَالِ إِنْ كَانَ عَرْضًا[٦]، وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيضُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ[٧].

وَلَوِ اسْتَرَدَّ المَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ رَجَعَ رَأْسُ المَالِ إِلَى الْبَاقِي[٨]، وَإِنِ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحًا، وَرَأْسَ مَالٍ[٩].

مِثَالُهُ: رَأْسُ المَالِ مِائَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَالرِّبْحُ

---

(١) لأنه نقص حدث، فأشبه نقص العيب والمرض، أما لو أخذ بدل المغصوب أو المسروق فيستمر القراض فيه.

(٢) لأن العقد لم يتأكد بالعمل.

(٣) ولو في غيبة الآخر، لأن القراض وكالة ابتداء، وشركة وجعالة انتهاء.

(٤) إذ هو عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة والوديعة.

(٥) لأن الدين ناقص، وقد أخذ منه ملكًا تامًا فليرد كما أخذ، سواء كان في المال ربح أم لا.

(٦) بأن يبيعه بنقد البلد الموافق لرأس المال، لإعادته كما أخذه.

(٧) لأنه لا يحسن تكليفه العمل إلاَّ لفائدة له، وهنا لا فائدة له، ورد بأنه وطن نفسه على ذلك مطلقًا.

(٨) لأنه لم يترك في يده غيره، فصار كما لو اقتصر في الابتداء على إعطائه له.

(٩) على النسبة الحاصلة من مجموع الأصل والربح، لأنه غير مميز.

سُدُسُ المَالِ، فَيَكُونُ المُسْتَرَدُّ سُدُسُهُ مِنَ الرِّبْحِ[1] فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ المَشْرُوطُ مِنْهُ[2] وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ المَالِ[3].

وَإِنِ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الخُسْرَانِ فَالخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى المُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلاَ يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ المُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ[4].

مِثَالُهُ: المَالُ مِائَةٌ وَالخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَرُبُعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ المُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ المَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ[5].

وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ: لَمْ أَرْبَحْ، أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلاَّ كَذَا[6]، أَوِ اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقِرَاضِ أَوْلى[7]، أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا[8]، وَفِي

---

(١) وهو ثلاثة وثلث.

(٢) وهو درهم وثلثان إن شرط له النصف، لأنه حصته من الربح المسترد، وللمالك منه ما عدا ذلك لتقرر نصيب العامل بالاسترداد، فلا يجبر به نقص غير المسترد لتميزهما، فكأنهما مالان.

(٣) فيعود رأس المال إلى ثلاثة وثمانين وثلثًا، فلو عاد ما في يده إلى ثمانين لم يسقط نصيب العامل، بل يأخذ منه واحدًا وثلثين ويرد الباقي.

(٤) لتقررها بالاسترداد، وإنما يجبر به باقي الخسران وهو خمسة عشر.

(٥) لأن الخسران إذا وزع على الثمانين خص كل عشرين خمسة، فالعشرون المستردة حصتها خمسة، فيبقى ما ذكر.

(٦) لموافقته فيما نفاه للأصل، وقياسًا على الوديع بجامع أن المالك أئتمنهما لمصلحة وانتفاع العامل إنما هو بالعمل دون العين.

(٧) لأنه مأمون، وهو أعلم بقصده.

(٨) لأن الأصل عدم النهي.

قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ[(١)]، وَدَعْوَى التَّلَفِ[(٢)]، وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ[(٣)].

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ تَحَالَفَا[(٤)]، وَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ[(٥)].

* * *

(١) لأن الأصل عدم دفع الزائد على ما قاله.

(٢) لأنه مأمون، قياسًا على المودع، ويجري عليه التفصيل الآتي في بابه ص ٣٨٢ـ ٣٨٦.

(٣) لأنه أئتمنه كالوكيل، وكل أمين ادعى الرد على من أئتمنه صدِّق بيمينه إلاّ المكتري والمرتهن استصحابًا للأصل فيهما وهو عدم الرد.

(٤) لاختلافهما في عوض العقد، مع اتفاقهما على صحته، فأشبه اختلاف المتبايعين.

(٥) لتعذر رجوع عمله إليه، فوجب له قيمته وهو الأجرة بالغًا ما بلغ، وللمالك جميع الربح ولا ينفسخ العقد بالتحالف.

كتاب المساقاة[1]

تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ[2]، وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ[3]، وَمَوْرِدُهَا النَّخْلُ وَالْعِنَبُ[4]، وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ[5].

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع». أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة برقم ٢٣٢٩، ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع برقم ١ (١٥٥١).
وحديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «لما قدم المهاجرون المدينة من مكة وليس بأيديهم، يعني: شيئًا، وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار، فقاسمهم الأنصار على أن يعطوهم أنصاف ثمار أموالهم كل عام، ويكفوهم العمل والمؤنة». أخرجه البخاري في الهبة، باب فضل المنيحة برقم ٢٦٣٠، ومسلم في الجهاد، باب رد المهاجرين إلى الأنصار منائحهم من الشجر والثمر حين استغنوا عنها بالفتوح برقم ٧٠ (١٧٧١).

(٢) لأنها معاملة على المال كالقراض.

(٣) للحاجة إلى ذلك، وفي معنى الولي، الإمام في بساتين بيت المال، وناظر الوقف، فيه.

(٤) أما النخل فللحديث السابق وغيره، وأما العنب فلأنه في معناه، بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص.

(٥) لقوله في الحديث السابق: «من ثمر أو زرع»، ولعموم الحاجة، واختار هذا =

وَلاَ تَصِحُّ المُخَابَرَةُ وَهِيَ: عَمَلُ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ[1]، وَلاَ الْمُزَارَعَةُ، وَهِيَ: هَذِهِ المُعَامَلَةُ، وَالْبَذْرُ مِنَ المَالِكَ[2].

= المصنفُ في شرح مسلم ١٠/ ٢١٠ وتصحيح التنبيه ١/ ٣٧٣ ونقله عنه الرملي في النهاية ٥/ ٢٤٦، والجديد منعه، لأنها رخصة فتختص بموردها، ولأنه لا زكاة في ثمرها فأشبهت غير المثمرة، ولأنها تنمو من غير تعهد بخلاف النخل والعنب، ولأن ثمر النخل والعنب ظاهر يمكن خرصه لإدراكه بالبصر بخلاف غيره.

وأجيب عن الحديث: «من ثمر أو زرع»، بأن هذه مزارعة تابعة للمساقاة كما سيأتي.

(١) لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى النبي ﷺ عن المخابرة والمحاقلة وعن المزابنة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا تباع إلاَّ بالدينار والدرهم إلاَّ العرايا». أخرجه البخاري في المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شِرْب في حائط أو نخل برقم ٢٣٧٩، ومسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة برقم ٨١ (١٥٣٦)، وفي رواية لمسلم: «من كانت له أرض فليزرعها فإن لم يستطع أن يزرعها وعجز عنها فليمنحها أخاه المسلم ولا يؤاجرها إياه».

(٢) لحديث ثابت بن الضحاك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة، وفي رواية: نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: «لا بأس بها».

أخرجه مسلم في البيوع، باب في المزارعة والمؤاجرة برقم ١١٨ (١٥٤٩).

وحديث رافع بن خديج رضي الله عنه قال: «كنا نحاقل الأرض على عهد رسول الله ﷺ فنكريها بالثلث والربع والطعام المسمَّى، فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان نافعًا، وطواعية الله ورسوله أنفعُ لنا، نهانا أن نحاقل بالأرض فنكريها على الثلث والربع والطعام المسمى، وأمر رب الأرض أن يُزرعها أو يَزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك». =

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ(١) بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ(٢) وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ، وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ(٣).

= أخرجه مسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالطعام برقم ١٥٤٨، وفي رواية له قال: نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض، قال الراوي: أبالذهب والورق؟ فقال: أما بالذهب والورق فلا بأس به.

هذا ما قرره المصنف هنا وهو المذهب.

لكن اختار في شرح مسلم ١٠/ ٢١٠، جواز المساقاة والمزارعة مجتمعتين، وكلّ واحدة منهما منفردة، فقال بعد أن نقل عن الشافعي وموافقيه وهم الأكثرون من جواز المزارعة تبعًا للمساقاة فقط، وعن مالك أنها لا تجوز منفردة ولا تبعًا، إلاّ ما كان بياضًا بين الشجر، وعن أبي حنيفة وزفر فساد المزارعة والمساقاة، ثم قال: وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد وسائر الكوفيين وفقهاء المحدثين وأحمد وابن خزيمة وابن شريح وآخرون: تجوز المساقاة والمزارعة مجتمعتين، وتجوز كل واحدة منهما منفردة. قال: وهذا هو الظاهر المختار لحديث خيبر.

قال: ولا يقبل دعوى كون المزارعة في خيبر إنما جازت تبعًا للمساقاة، بل جازت مستقلة، ولأن المعنى المجوز للمساقاة موجود في المزارعة قياسًا على القراض، فإنه جائز بالإجماع، وهو كالمزارعة في كل شيء، ولأن المسلمين في جميع الأمصار والأعصار مستمرون على العمل بالمزارعة، ثم أجاب عن أحاديث النهي عن المخابرة فينظر هناك ١٠/١٩٨، ٢١٠.

(١) لحديث ابن عمر السابق في معاملة أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، حيث دل على جواز المزارعة تبعًا للمساقاة، لعسر الإفراد.

(٢) لأن إفرادها بعامل يخرجها عن التبعية.

(٣) فإن أمكن الإفراد لم تجز المزارعة، لعدم الحاجة.

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لاَ يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا[١] وَأَنْ لاَ يُقَدِّمَ الْمُزَارَعَةَ[٢]، وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ[٣]، وَأَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ[٤]، وَأَنَّهُ لاَ يَجُوزُ أَنْ يُخَابِرَ تَبَعًا لِلْمُسَاقَاةِ[٥].

فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ فَالْمَغَلُّ لِلْمَالِكِ[٦]، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلاَتِهِ [1] [٧].

وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغَلَّةِ لَهُمَا وَلاَ أُجْرَةَ: أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الأَرْضِ.

أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ الأَرْضِ لِيَزْرَعَ لَهُ [2] النِّصْفَ الآخَرَ فِي النِّصْفِ الآخَرِ مِنَ الأَرْضِ[٨].

....

(1) سقطت كلمة: آلاته، من س ب.

(2) سقطت كلمة: له، من ط والمحلي.

---

(١) يعني في العقد لتحصل التبعية.

(٢) لأنها تابعة والتابع لا يتقدم على متبوعه، فليأت بها عقبها.

(٣) لأن الغرض عسر الإفراد والحاجة لا تختلف.

(٤) لأن الزراعة وإن كانت تابعة فهي في حكم عقد مستقل.

(٥) لأن الخبر ورد في المزارعة تبعًا في قصة خيبر، وهي في معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيهما إلاَّ العمل، بخلاف المخابرة، فإنه يكون عليه العمل والبذر.

(٦) لأنه نماء ملكه.

(٧) لبطلان العقد وعمله لا يحبط مجانًا، إذ هو لم يرض ببطلان منفعته إلاَّ ليحصل له بعض الزرع، فإذا لم يحصل له استحق الأجرة.

(٨) فيشتركان في الغلة مناصفة على جهة الشيوع ولا أجرة لأحدهما على الآخر، لأن =

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ الثَّمَرِ بِهِمَا، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ(١)، وَالأَظْهَرُ صِحَّةُ المُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرِ(٢) لَكِنْ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلاَحِ(٣).

وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيٍّ لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونُ الشَّجَرُ لَهُمَا (1) لَمْ يَجُزْ(٤)، وَلَوْ كَانَ مَغْرُوسًا وَشَرَطَ لَهُ جُزْءًا مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ فَإِنْ قَدَّرَ لَهُ مُدَّةً يُثْمِرُ فِيهَا غَالِبًا صَحَّ(٥)، وَإِلاَّ فَلاَ(٦)، وَقِيلَ: إِنْ تَعَارَضَ الاِحْتِمَالُ (2) صَحَّ(٧).

(1) خ ط: بينهما.

(2) خ التحفة والمغني والسراج: الاحتمالان.

= العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع، والمالك يستحق من منفعة العامل بقدر نصيبه من الزرع كذلك، والفرق بين الأولى وهذه، أن الأجرة ثَمَّ عين، وهنا عين ومنفعة، وثَمَّ يتمكن من الرجوع بعد الزراعة في نصف الأرض ويأخذ الأجرة، وهنا لا يتمكن، ولو فسد منبت الأرض في المدة لزمه قيمة نصفها هناك لا هنا، لأن العارية مضمونة.

(١) بجامع أن كلاً منهما يعمل في مال غيره بنسبة، من ربح «في القراض» أو ثمر «في المساقاة»، فاشترط لها ما اشترط له.

(٢) قياسًا على قبل ظهوره، بل هو أولى، لأنه أبعد عن الغرر للوثوق بالثمر فهو أولى بالجواز.

(٣) لبقاء معظم العمل، بخلافه بعده.

(٤) لأن المساقاة لم ترد على أصل ثابت وهي رخصة فلا تتعدى موردها، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة، فأشبه ضم غير التجارة إلى عمل القراض.

(٥) وإن كان أكثرها لا ثمرة فيه، لأنها حينئذٍ بمنزلة الشهور من السنة الواحدة.

(٦) لخلوها عن العوض كالمساقاة على شجرة لا تثمر.

(٧) لأن الثمر مرجو كالقراض، فإن ربحه مرجو الحصول فكذلك هنا، وأجيب بأن هذا عقد على عوض غير موجود ولا الظاهر وجوده، فأشبه السلم فيما لم يوجد غالبًا.

وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ(١).

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَشْرِطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا(٢)، وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ فِي الْحَدِيقَةِ(٣)، وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ(٤).

وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الْأَصَحِّ(٥).

وَصِيغَتُهَا: سَاقَيْتُكَ عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا أَوْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ لِتَتَعَهَّدَهُ(٦).

وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ(٧).

وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ(٨).

---

(١) كأن يكون الشجر بينهما نصفين، وشرط له ثلثي الثمرة، فإنه يأخذ السدس الزائد عن حصته مقابل عمله، فلو لم يشرط له ذلك لم يصح، لعدم العوض على العمل.

(٢) فلو شرط ذلك لم يصح العقد، لأنه استئجار بعوض مجهول، واشتراط عقد في عقد.

(٣) ليتمكن من العمل متى شاء.

(٤) لأنها عقد لازم كالإجارة، فلا تصح مطلقة ولا مؤبدة.

(٥) للجهل بوقته، فإنه يتقدم تارة ويتأخر أخرى.

(٦) لأن لفظ المساقاة موضوع له، فينفي عنها الاحتمال، وكذا ما يؤدي معناه كأسلمته ونحوه، لأن القصد منه المعنى فصح بما دل عليه، فإن قال: استأجرت مثلاً لم تصح، لأن الإجارة فيها لا تصح.

(٧) لأن المحكم فيه العرف.

(٨) لأنه يحكم في مثل ذلك، وهذا إن كان عرف غالب وعرفاه، وإلاَّ وجب التفصيل جزمًا.

وَعَلَى الْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَسَقْيٍ، وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ، وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ، وَتَلْقِيحٍ، وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ مُضِرَّةٍ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ، وَكَذَا حِفْظِ الثَّمَرِ وَجَدَادِهِ (1) وَتَجْفِيفِهِ فِي الْأَصَحِّ[١].

وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ، وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ فَعَلَى الْمَالِكِ[٢].

وَالْمُسَاقَاةُ لَازِمَةٌ[٣]، فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ[٤]، وَإِلَّا اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ[٥]، وَإِنْ (2) لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ[٦].

....

(1) خ الشروح عدا المحلي: جذاذه، بالذال المعجمة.

(2) خ النهاية والمغني والسراج: فإن.

---

(١) لأن هذه كلها من مصالح الثمر، وجرت بها العادة.

(٢) لأنه المتعارف فيه، فلو شرطه على العامل لم يصح.

(٣) قياسًا على الإجارة بجامع أن عمل كل في أعيان باقية بحالها، بخلاف القراض فإن أعيانه لا تبقى بعد العمل فأشبه الوكالة ولأن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالبيع، فلم يكن في تركه تفويت العمل بغير بدل، فلذلك انعقد لازمًا في المساقاة، وجائزًا في المضاربة.

(٤) قياسًا على ما لو تبرع عنه أجنبي بذلك، أو بقضاء الدين، علم به المالك أم جهله.

(٥) لأنه واجب عليه، فناب عنه فيه، ولكن هذا بعد ثبوت المساقاة عنده وهروب العامل وتعذر إحضاره.

(٦) لأن الإشهاد حال العذر كالحكم، ويصدق حينئذٍ بيمينه في قدر ما أنفقه، على الوجه المعتاد.

وَلَوْ مَاتَ[١] وَخَلَّفَ تَرِكَةً أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا[٢]، وَلَهُ[٣] أَنْ يُتِمَّ (1) بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ[٤].

وَلَوْ ثَبَتَتْ خِيَانَةُ عَامِلٍ ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ[٥]، فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ عَامِلٌ (2) [٦].

وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا فَلِلْعَامِلِ عَلَى المُسَاقِي أُجْرَةُ المِثْلِ[٧].

* * *

(1) خ التحفة والمغني والسراج: زيادة: العمل.

(2) خ المغني والسراج: من مال العامل.

---

(١) أي: العامل.

(٢) قياسًا على سائر ديون مورثه.

(٣) أي الوارث.

(٤) وعلى المالك تمكينه إن كان عارفًا بالعمل ثقة، ولا يكلف الوفاء من عين التركة كبقيّة الديون، فإن امتنع بالكلية استأجر الحاكم عليه، أما إذا لم يخلف تركة فللوارث العمل ولا يلزمه، وهذا كله إن كانت المساقاة على الذمة، فإن كانت على عين انفسخت بموته كالأجير المعين، ولا تنفسخ بموت المالك مطلقًا، فيستمر في العمل ويأخذ حصته.

(٥) ولا ترفع يده عنه، لأن العمل حق عليه، ويمكن استيفاؤه بهذه الطريق وأجرة العامل عليه؛ لأنه السبب في ضمِّه.

(٦) لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه، وتيسر القدرة عليه بهذا الطريق.

(٧) لأنه فوت منافعه بعوض فاسد فرجع ببدلها، كما لو استأجر رجلاً للعمل في مغصوب فعمل جاهلاً، أما إذا كان عالمًا بالحال فلا شيء له.

كتاب الإجارة(١)

شَرْطُهُمَا كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ(٢)، وَالصِّيغَةُ(٣) آجَرْتُكَ هَذَا أَو أَكْرَيْتُكَ أَوْ مَلَّكْتُكَ مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا، فَيَقُولُ: قَبِلْتُ أَوِ اسْتَأْجَرْتُ

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع آيات، منها قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ووجه الاستدلال، أن الإرضاع بلا عقد تبرع لا يوجب أجرة، وإنما يوجبها ظاهر العقد فتعين. قال الشافعي في الأم ٤/ ٢٥: فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لما لم يوجد فيه إلاّ هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله، وما هو مثل معناه وأحرى أن يكون أبين منه».

ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٦ ـ ٢٧]، قال الشافعي في الأم ٤/ ٢٥: «قد ذكر الله عز وجل أن نبيًا من أنبيائه آجر نفسه حججًا مسماة ملك بها بضع امرأة، فدل على تجويز الإجارة، وعلى أنه لا بأس بها على الحجج إن كان علم الحجج استأجره، وإن كان استأجره على غير الحجج فهو تجويز الإجارة بكل حال. قال: وقد قيل استأجره على أن يرعى له، والله أعلم.

وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره». أخرجه البخاري في الإجارة باب خراج الحجام برقم ٢٢٧٨، ومسلم في المساقاة، باب حل أجرة الحجامة برقم ٦٢ (١٥٧٧) إلى غير ذلك من الأحاديث.

(٢) لأنها صنف من البيع فاشترط في عاقدها ما يشترط في عاقده.

(٣) كالبيع، ويجري فيها خلاف المعاطاة، ويشترط فيها جميع ما مر.

أَوِ اكْتَرَيْتُ[١]، وَالأَصَحُّ انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ: آجَرْتُكَ مَنْفَعَتَهَا[٢]، وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ: بِعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا[٣].

وَهِيَ قِسْمَانِ: وَارِدَةٌ عَلَى (1) عَيْنٍ[٤] كَإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ، وَعَلَى الذِّمَّةِ كَاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً.

وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا فَإِجَارَةُ عَيْنٍ[٥]، وَقِيلَ: ذِمَّةٍ[٦].

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ تَسْلِيمُ الأُجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ[٧]، وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لاَ يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا[٨]، وَيَجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَت

....

(1) خ س ب: في عين.

---

(١) لأن لفظ الإجارة موضوع لها، وقيس ما دل عليه من الألفاظ المذكورة.

(٢) لأن المنفعة هي المقصودة فذكرها تأكيد.

(٣) لأن لفظ البيع موضوع لتمليك العين فلا يستعمل في المنفعة، بل ذكره مفسد لها كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

(٤) أي منفعة مرتبطة بعين.

(٥) لأن الخطاب دل على ارتباطها بعين المخاطب، كقوله: استأجرتك لهذه الدابة.

(٦) لأن المقصود تحصيل العمل من جهة المخاطب من غير نظر إلى فاعله، فله تحصيله بغيره، ورد بمنع ذلك نظرًا لما دل عليه الخطاب.

(٧) قياسًا على المسلم، لأنها في الحقيقة سلم في المنافع فيمتنع فيها تأجيل الأجرة والاستبدال عنها أو الحوالة بها، أو عليها أو الإبراء بها، وسواء تأخر العمل فيها عن العقد أم لا.

(٨) قياسًا على الثمن في البيع.

فِي الذِّمَّةِ[1] وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَعَجَّلَتْ[2]، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً مُلِكَتْ فِي الْحَالِ[3].

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأُجْرَةِ مَعْلُومَةً[4] فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلْفِ[5] وَلَا لِيَسْلَخَ بِالْجِلْدِ وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ[6]، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقًا بِبَعْضِهِ فِي الحَالِ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ[7].

وَكَوْنُ المَنْفَعَةِ مُتَقَوِّمَةً، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتْ السِّلْعَةَ[8]، وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ[9]، وَكَلْبٌ لِلصَّيْدِ فِي الأَصَحِّ[10].

---

(١) قياسًا على الثمن كذلك بخلاف المعينة، لأن الأعيان لا تؤجل ولا تستبدل.

(٢) قياسًا على ثمن المبيع المطلق، ولأن المؤجِّر يملكها بالعقد، ولكن لا يستحق استيفاءها إلَّا بتسليم العين.

(٣) قياسًا على ملك المستأجر المنفعة في إجارة العين، ولكنه ملك مراعى، فكلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن ملك المؤجر استقر على ما يقابل ذلك.

(٤) لما أخرج أحمد في مسنده ٣/ ٥٩ بسند رجاله رجال الصحيح إلا أن فيه انقطاعًا من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له» لأن الإجارة عقد يقصد به العوض فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع.

(٥) للجهالة في ذلك، إذ العمل بعض الأجرة وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة.

(٦) للجهل بثخانة الجلد ورقته، وبقدر الدقيق والنخالة.

(٧) للعلم بالأجرة، ولا أثر لوقوع العمل المكترى له في ملك غير المكتري لوقوعه بطريق التبعية، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر فإنه يصح.

(٨) لأنه لا قيمة لها فكذا لا يصح الاستئجار عليها.

(٩) لأن الدراهم والدنانير، لا تقصد غالبًا للتزيين، ومن ثم لم يضمن غاصبهما أجرتهما فكان بذل العوض فيه من السفه، وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل.

(١٠) لأن الكلب لا قيمة لعينه ولا لمنفعته.

وَكَوْنُ الْمُؤَجِّرِ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهَا[1]، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ[2] وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ[3]، وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ[4]، وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ[5]، وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثُّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ[6].

وَالِامْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِّيِّ[7]، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارٌ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ[8]، وَلَا حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ[9]، وَكَذَا مَنْكُوحَةٍ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الْأَصَحِّ[10].

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الْحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا[11]، وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ[12]، فَلَوْ

---

(١) ليتمكن المستأجر منها.

(٢) لعدم التمكن من استلامه، كما لا يجوز بيعهما.

(٣) بالنظر لاستحالته منه.

(٤) لعدم القدرة على المنفعة.

(٥) لسهولة الزراعة حينئذٍ.

(٦) لأن الظاهر حصول الماء حينئذٍ.

(٧) لعدم التمكن من الانتفاع في كل.

(٨) لحرمة قلعها بغير قود لما في قلعها من الضرر وهو حرام.

(٩) لحرمة المكث فيه حينئذٍ، وكذا تعليم قرآن لحرمة القراءة له.

(١٠) لاستغراق أوقاتها بحقه، ما لم يكن هو المستأجر.

(١١) قياسًا على السلم المؤجل.

(١٢) لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين لا يجوز إلاَّ على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الإجارة.

أَجَّرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الأُولَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا جَازَ فِي الأَصَحِّ[(١)].

وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الأَصَحِّ[(٢)]، وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلاً لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ الطَّرِيقِ، أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا، وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنَ الْبَعْضَيْنِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ كَوْنُ المَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً[(٣)]، ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً، وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ إِلَى مَكَّةَ، وَكَخِيَاطَةِ ذَا الثَّوْبِ[(٤)]، فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ لَمْ يَصِحَّ فِي الأَصَحِّ[(٥)].

وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ[(٦)]، أَوْ تَعْيِينَ سُوَرٍ[(٧)]، وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ

---

(١) لاتصال المدتين، مع اتحاد المستأجر، قياسًا على ما لو أجره السنتين في عقد وهذا كالمستثنى مما قبله لما ذكر.

(٢) لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد، وإنما يتأخر في القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد، قياسًا على ما لو باع من رجلين صبرة، فإنه يصح وإن تأخر حق أحدهما عند القسمة.

(٣) عينًا وقدرًا وصفة، لأن الإجارة بيع، والمنفعة فيها كالعين في البيع، والبيع لا يصح إلَّا في معلوم، فكذلك الإجارة.

(٤) لأن هذه المنافع معلومة في أنفسها فلم تفتقر إلى تقدير المدة.

(٥) للغرر، إذ قد يتقدم العمل وقد يتأخر، قياسًا على ما لو أسلم في قفيز حنطة على أن وزنه كذا، فلا يصح لاحتمال الزيادة والنقص.

(٦) قياسًا على ما لو استأجر خياطًا ليخيط له شهرًا، ولا نظر لاختلاف صعوبته وسهولته، لأنه ليس عليه قدر معين حتى يتعب نفسه في تحصيله.

(٧) أو سورة أو آيات من سورة كذا، من أولها أو آخرها، للتفاوت في ذلك.

الْمَوْضِعَ وَالطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالسَّمْكَ وَمَا يُبْنَى بِهِ إِنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ(١).

وَإِذَا صَلَحَتِ الأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ (1) اشْتُرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ(٢)، وَيَكْفِي تَعْيِينُ الزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الأَصَحِّ(٣)، وَلَوْ قَالَ: لِتَنْتَفِعَ بِهَا (2) بِمَا شِئْتَ صَحَّ(٤)، وَكَذَا لَوْ قَالَ إِنْ شِئْتَ فَازْرَعْ وَإِنْ شِئْتَ فَاغْرِسْ فِي الأَصَحِّ(٥).

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ(٦)، وَقِيلَ: لاَ يَكْفِي الْوَصْفُ(٧)، وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يُرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ

....

(1) خ أ: لبناء وغراس وزراعة.

(2) سقطت كلمة: بها، من س.

---

(١) لاختلاف الغرض به، فإن قدر بالزمن لم يحتج لبيان ما ذكر، وإن كان ما يبني به حاضرًا فمشاهدته تغني عن تبيينه.

(٢) لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات، فإن أطلق لم يصح، أما إذا لم تصلح إلاَّ لجهة واحدة فإنه يكفي الإطلاق فيها، وتحمل عليها.

(٣) لقلة التفاوت بين أنواع الزرع، ويزرع ما شاء، للإطلاق.

(٤) ويصنع ما شاء، لرضاه به.

(٥) ويتخير بينهما، فيصنع ما شاء من زرع أو غرس لأنه رضي بالأضرار.

(٦) لينتفي الغرر، لأن الناس تختلف نحافة وضخامة.

(٧) لأنه ليس الخبر كالمعاينة كما ورد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عند أحمد في المسند ١/ ٢٧١، وابن حبان ٨/ ٣٢، من الإحسان، والحاكم في المستدرك ٢/ ٣٢١، وصححه على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي وأشار الحافظ السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٣٥٢ إلى تصحيح ابن حبان والحاكم وغيرهما له، ولم يعارضهما فيه.

مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ[١]، وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ المَعَالِيقِ مُطْلَقًا فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الأَصَحِّ[٢]، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ لَمْ يُسْتَحَقَّ[٣].

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الدَّابَّةِ[٤]، وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا الخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ[٥]، وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ أَوِ (1) الأُنُوثَةِ[٦]، وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ السَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ[٧] إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ فَيُنَزَّلُ عَلَيْهَا[٨].

وَيَجِبُ فِي الإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ المَحْمُولَ[٩]، فَإِنْ حَضَرَ رَآهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ[١٠]، وَإِنْ غَابَ قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ[١١]، وَجِنْسُهُ[١٢] لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ، وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ

....

(1) خ س ب ط والتحفة: «و».

---

(١) أي فيشترط معرفته بمشاهدة أو وصف تام لما مر.

(٢) لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة.

(٣) لاختلاف الناس فيه.

(٤) ليخرج من الإبهام.

(٥) والأظهر اشتراطه وإلا لم يصح كما تقدم ص ١٢.

(٦) لاختلاف الأغراض بذلك، إذ الذكر أقوى، والأنثى أسهل.

(٧) وكونه ليلاً أو نهارًا، والنزول في عامر أو صحراء، لتفاوت الغرض بذلك.

(٨) حملاً لها على الغالب، إلاَّ أن يشرط خلافه.

(٩) لاختلاف تأثيره وضرره.

(١٠) تخمينًا لوزنه.

(١١) لأن ذلك طريق معرفته.

(١٢) لاختلاف تأثيره في الدابة، وإن اتحد كيله.

ذِمَّةٍ(1) إِلَّا أَنْ يَكُونَ المَحْمُولُ زُجَاجًا وَنَحْوَهُ(2).

فَصْلٌ

لَا تَصِحُّ (1) إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ(3) وَلَا عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ(4) إِلَّا حَجٌّ وَتَفْرِقَةُ زَكَاةٍ(5).

وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِهِ(6)، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ(7)، وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعًا(8)، وَلأَحَدِهِمَا فَقَطْ(9)، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَتْبِعُ

....

(1) خ ط: لا يصح.

---

(1) لأن المقصود هنا مجرد نقل المتاع الملتزم في الذمة، وهو لا يختلف باختلاف الدواب.

(2) أي فلا بد من معرفة حال الدابة في ذلك صيانة له، إذ الدواب يختلف سيرها هدوءًا وغيره.

(3) لأنه يتعين عليه إذا حضر الصفّ فيقع عنه، فلا يصح استئجاره لواجب عليه.

(4) لأن القصد منها امتحان المكلف بكسر نفسه بفعلها، ولا يقوم الأجير مقامه في ذلك.

(5) لأنه يصح فيهما النيابة، لما تقدم من الأدلة على ذلك كما تقدم في الوكالة ص ١٦١، وكل ما جازت النيابة فيه جاز الاستئجار له.

(6) لأن مؤن ذلك في تركته أصالة، ثم في مال ممونه، ثم المياسير، فلم يقصد الأجير لفعله بالذات.

(7) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما، في قصة الصحابي الذي رقى سيد الحي اللديغ، وقول النبي ﷺ لهم: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله». أخرجه البخاري في الطب، باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب برقم ٥٧٣٧، وفي رواية أنه ﷺ قال: «خذوها واضربوا لي بسهم». أخرجه في الطب، باب الرقى بفاتحة الكتاب برقم ٥٧٣٦.

(8) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

(9) لأن الحضانة نوع خدمة، وكذا الإرضاع، فصح الاستئجار لهما معًا فيكون المعقود =

أَحَدُهُمَا الآخَرَ[١].

وَالحَضَانَةُ حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي المَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا[٢].

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ فَالْمَذْهَبُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الإِرْضَاعِ[٣] دُونَ الحَضَانَةِ[٤]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ[٥].

قُلْتُ: صَحَّحَ الرَّافِعِي فِي الشَّرْحِ الرُّجُوعَ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ[٦]، فَإِنِ اضْطَرَبَتْ وَجَبَ الْبَيَانُ[٧] وَإِلَّا فَتَبْطُلُ الإِجَارَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ[٨].

= عليه، عليهما لأنهما مقصودان، أو أحدهما بمفرده، والإجارة في الإرضاع تقدر بمدة فقط.

(١) لاستقلالهما مع جواز استقلال كل واحد منهما بعقد، فأشبه سائر المنافع.

(٢) لاقتضاء اسم الحضانة عرفًا لذلك. وسيأتي بحثها في بابها ٣/ ٨٥.

(٣) لتعذر الاستيفاء معه، فيسقط قسطه من الأجرة.

(٤) لإمكان الوفاء بها، ولأن كلًّا منهما مقصود معقود عليه، وبناءً على الراجح من الخلاف في تفريق الصفقة، من أنها تصح في الصحيح، وتبطل في الباطل كما في ص ٢٨.

(٥) اقتصارًا على مدلول اللفظ، مع أن وضع الإجارة أنه لا يُستحق بها عينٌ.

(٦) لعدم ورود ما يضبطه لغة ولا شرعًا.

(٧) لئلا يحصل الغرر.

(٨) لما فيه من الغرر المفضي إلى التنازع، إذا اللفظ عند تردد العادة وعدم التقييد يلتحق بالمجملات.

فَصْلٌ

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ إِلَى المُكْتَرِي[١]، وَعِمَارَتُهَا عَلَى المُؤَجِّرِ[٢]، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا، وَإِلاَّ فَلِلْمُكْتَرِي الخِيَارُ[٣]، وَكَسْحُ الثَّلْجِ عَنِ السَّطْحِ عَلَى المُؤَجِّرِ[٤]، وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى المُكْتَرِي[٥].

وَإِنْ [(1)] أَجَّرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ فَعَلَى المُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ[٦]، وَعَلَى المُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمَظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا[٧]، وَالأَصَحُّ فِي السَّرْجِ اتِّبَاعُ العُرْفِ[٨].

وَظَرْفُ المَحْمُولِ عَلَى المُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ[٩]، وَعَلَى المُكْتَرِي

....

(1) خ س ب: ولو.

---

(١) ليتمكن من الانتفاع بها، وهو أمانة في يده، فإذا تلف بتقصير ضمنه أو بعدمها فلا.

(٢) لأن ذلك من مقتضى التمكين، وسواء كانت العمارة لخلل مقارن للعقد، أم عرض لها دوامًا.

(٣) لتضرره بنقص المنفَعة.

(٤) لأنه كعمارة الدار.

(٥) أما الكناسة فلحصولها بفعله، وأما الثلج فلأنه يتوقف عليه كمال الانتفاع لا أصله، فلذلك لا يلزم به المكري.

(٦) لأن التمكين واجب عليه، ولا يحصل بدون ذلك، والعرف مطرد به.

(٧) لأن هذه الأمور تراد لكمال الانتفاع، وذلك غير مستحق بالإجارة.

(٨) إن اطرد، قطعًا للنزاع.

(٩) لأنه التزم النقل فليهيء أسبابه والعادة مؤيدة له.

فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ[١].

وَعَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا، وَإِعَانَةُ الرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الحَاجَةِ[٢]، وَرَفْعُ الْحِمْلِ وَحَطُّهُ، وَشَدُّ المَحْمِلِ وَحَلُّهُ[٣].

وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ المُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ[٤]، وَتَنْفَسِخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ[٥]، وَيَثْبُتُ الخِيَارُ بِعَيْبِهَا[٦]، وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، بَلْ يَلْزَمُهُ الإِبْدَالُ[٧]، وَالطَّعَامُ المَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي الأَظْهَرِ[٨].

فَصْلٌ

يَصِحُّ عَقْدُ الإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِبًا[٩]، وَفِي قَوْلٍ:

---

(١) لأنه ليس على المؤجر فيها إلَّا تسليم الدابة مع نحو إكافها.

(٢) لأنه التزم النقل والتبليغ، وهو لا يتم إلَّا بهذه الأمور.

(٣) لاقتضاء العرف جميع ذلك.

(٤) لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها، وهو المراد بالتخلية.

(٥) لفوات محل المنفعة.

(٦) لتضرره، والمراد بالعيب، ما أثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به تفاوت أجرتها ككونها تعثر، أو تتخلف عن القافلة.

(٧) لأنه لم يستأجر شيئًا معينًا، وإنما استأجر ما يحقق له المقصود، وذلك لا يكون إلَّا في السليم، إذا المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة، وهذا غير سليم، فإذا لم يرض به رجع إلى ما في الذمة، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار.

(٨) عملاً بمقتضى اللفظ، لتناوله حمل كذا إلى كذا.

(٩) لإمكان استيفاء المعقود عليه حينئذٍ.

لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ[١]، وَفِي قَوْلٍ: ثَلَاثِينَ[٢].

وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ[٣] فَيُرْكِبُ وَيُسْكِنُ مِثْلَهُ[٤]، وَلَا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَقَصَّارًا[٥]، وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يُبْدَلُ[٦]، وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَالِارْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الْأَصَحِّ[٧].

وَيَدُ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ[٨] وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ[٩].

وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ

---

(١) لاندفاع الحاجة بها. ولأن الضرر فيها يسير، إذ الإجارة قد تسلم وقد لا تسلم فكلما قل الزمن قل الضرر.

(٢) لأنها نصف العمر الغالب، ولأن الغالب تغير الأشياء بعدها.

(٣) لأن المنفعة ملكه، فيتصرف فيها كيف يشاء، ولا يجوز للمكري أن ينازعه فيها، فلو شرط عليه استيفاءها بنفسه فسد العقد، كما لو شرط على مشتر أن لا يبيع ما اشتراه، ولكن يشترط أمانة من سلمها إليه.

(٤) لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة بغير زيادة.

(٥) لزيادة الضرر بدقِّهما، وهذا إذا لم يستأجرهما لذلك.

(٦) لأنه معقود عليه فأشبه المبيع، ولهذا ينفسخ العقد بتلفهما.

(٧) لأنه ليس معقودًا عليه، وإنما هو طريق للاستيفاء، فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل، فيجوز إبداله وإن امتنع الأجير، لأنه طريق للاستيفاء.

(٨) لأنه لا يمكنه استيفاء المنفعة إلَّا بوضع يده عليه، وتصرفه فيها بعد ذلك تصرف في ملكه، إذ هو يملك المنفعة فلم يضمن إلَّا بالتفريط والتعدي.

(٩) استصحابًا لما كان كالمودَع، ولأنه لا يلزمه الرد ولا مؤنته، فلم يكن مقصرًا بذلك.

يَضْمَنْ[(١)]، إِلَّا إِذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا اصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوْ انْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الهَدْمُ[(٢)].

وَلَوْ تَلِفَ المَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدٍّ كَثَوْبٍ اسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ بِأَنْ قَعَدَ المُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ[(٣)]، وَكَذَا إِنِ انْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الأَقْوَالِ[(٤)]، وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ المُشْتَرِكُ، وَهُوَ مَنِ الْتَزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ، لَا المُنْفَرِدُ، وَهُوَ مَنْ أَجَّرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ[(٥)].

وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيُقَصِّرَهُ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أُجْرَةً فَلَا أُجْرَةَ لَهُ[(٦)]، وَقِيلَ: لَهُ[(٧)]، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ العَمَلِ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ[(٨)].

---

(١) لأنها بيده أمانة، وسواء أتلفت في المدة أم بعدها.

(٢) لنسبته إلى التقصير حينئذٍ، إذ التلف جاء من ربطها وقت الانتفاع بها.

(٣) لأنه غير مسلم إليه في الحقيقة، وإنما استعان المالك به في شغله كما يستعين بالوكيل.

(٤) لأنه إنما أثبت يده لغرضه وغرض المالك، قياسًا على المستأجر وعامل القراض فإنهما لا يضمنان بالإجماع كما في التحفة ٦/ ١٨٠، والنهاية ٥/ ٣١٠.

(٥) لاختصاص منافع هذا بالمستأجر فكان كالوكيل.

(٦) لأنه لم يلتزم له عوضًا فهو متبرع، كما لو قال: أسكني دارك شهرًا فأسكنه فلا يستحق عليه أجرة بالإجماع كما قال ابن حجر في التحفة ٦/ ١٨١، والرملي في النهاية ٥/ ٣١١ نقلًا عن البحر للروياني.

(٧) لاستهلاكه منفعته فله أجرة المثل.

(٨) لوضوح مُدركه، إذ هو العرف المتبع، وهو يقوم مقام اللفظ كثيرًا، وهو عمل =

وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ أَوْ أَسْكَنَ حَدَّادًا أَوْقَصَّارًا ضَمِنَ الْعَيْنَ[١]، وَكَذَا لَوِ اكْتَرَى لِحَمْلِ مِائَةِ رَطْلِ حِنْطَةً [1] فَحَمَلَ مِائَةً شَعِيرًا أَوْ عَكَسَ[٢] أَوْ لِعَشْرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً[٣] دُونَ عَكْسِهِ[٤].

وَلَوِ اكْتَرَى لِمِائَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً وَعَشَرَةً لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ[٥]، وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا[٦]، فَإِنْ كَانَ، ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ[٧]، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفَ الْقِيمَةِ[٨].

....

(1) خ المغني والسراج: من حنطة.

= الناس، ومن ثم نقل عن الأكثرين، وأفتى به كثيرون، واستحسنه المصنف كما رأيت، وإن كان المعتمد الأول.

(١) لتعديه بذلك، بخلاف ما إذا كان ذلك في العادة.

(٢) بأن اكتراها لحمل مائة رطل شعير فحمل عليها مائة حنطة، وذلك لأن الحنطة أثقل فيجتمع ثقلها في موضع واحد، والشعير أخف، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر، فالضرر مختلف.

(٣) أي فيصير ضامنًا لزيادة ثقل الحنطة.

(٤) لخفة الشعير مع استوائهما في الحجم.

(٥) إذ هو متعد بذلك، بخلاف ما إذا زاد نحو اثنين أو ثلاثة مما يقع به التفاوت بين الكيلين عادة.

(٦) لأنه صار غاصبًا لها بحمل الزيادة.

(٧) لاختصاص يده بها.

(٨) لأن التلف بمضمون وغيره، فتوزع القيمة بالقسط أو بالسوية عليهما، قياسًا على =

وَلَوْ سَلَّمَ المِائَةَ وَالْعَشَرَةَ إِلَى المُؤَجِّرِ، فَحَمَّلَهَا جَاهِلاً ضَمِنَ المُكْتَرِي عَلَى المَذْهَبِ(١).

وَلَـوْ وَزَنَ المُـؤَجِّـرُ وَحَمَـلَ فَـلاَ أُجْـرَةَ لِلـزِّيَـادَةِ(٢)، وَلاَ ضَمَـانَ إِنْ تَلِفَتْ(٣).

وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قِبَاءً وَقَالَ: أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قِبَاءً، فَقَالَ: بَلْ قَمِيصًا، فَالأَظْهَرُ تَصْدِيقُ المَالِكِ بِيَمِينِهِ(٤)، وَلاَ أُجْرَةَ عَلَيْهِ(٥)، وَعَلَى الخَيَّاطِ أَرْشُ النَّقْصِ(٦).

فَصْلٌ

لاَ تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِعُذْرٍ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ وَسَفَرٍ وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ(٧)، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَلَيْسَ

= ما لو جرحه واحد جراحة، وآخر جراحات. ورُد بتيسير التوزيع هنا بخلافه هناك لاختلاف نكاياتها باطنًا.

(١) لأن المكري لجهله صار كالآلة، فيضمن المكتري كما لو حملها بنفسه.

(٢) لأنه لم يأذن في حملها، بل له مطالبة المؤجر بردها لمحلها، وليس له ردها بدون إذن.

(٣) لانتفاء اليد والتعدي.

(٤) لأنه المصدق في أصل الإذن، فكذا في صفته، فيحلف أنه ما أذن له في قطعه قباء.

(٥) لأنها إنما تجب بالإذن وقد ثبت عدمه.

(٦) لأنه إذا انتفى الإذن فالأصل الضمان، وهو ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباءً.

(٧) لأنه لا خلل في المعقود عليه، والاستنابة ممكنة.

لَهُ الْفَسْخُ وَلاَ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الأُجْرَةِ(١).

وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالأَجِيرِ المُعَيَّنَيْنِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ(٢) لاَ المَاضِي فِي الأَظْهَرِ(٣)، فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ المُسَمَّى(٤)، وَلاَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ(٥) وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ(٦).

وَلَوْ أَجَّرَ الْبَطْنَ الأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا، أَوِ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لاَ يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِاحْتِلاَمٍ (أ) فَالأَصَحُّ انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ(٧) لاَ الصَّبِيِّ(٨)، وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِ الدَّارِ(٩)، لاَ انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ

. . . .

(أ) نسخ الشروح عدا النهاية: بالاحتلام.

---

(١) لأن الجائحة لم تؤثر في منفعة الأرض، وإنما لحقت زرع المستأجر.
فإذا تلفت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات انفسخت الإجارة في المدة الباقية.

(٢) لفوات المعقود عليه.

(٣) لاستقرارها بالقبض.

(٤) بالنظر لأجرة المثل، بأن تقوم منفعة المدة الباقية والماضية ويوزع المسمى بنسبة قيمتهما وقت العقد دون ما بعده.

(٥) لأنها من العقود اللازمة، فتبقى إلى انقضاء المدة، ولا تنفسخ بالموت كالبيع.

(٦) وهو ناظره بشرط الواقف، وذلك إذا لم يقيده بما يأتي.

(٧) لأنه لما تقيد نظره من جهة الواقف بمدة استحقاقه لم يكن له ولاية على المنافع المنتقلة لغيره، بخلاف الناظر السابق فإنه لما كان له النظر، وإن لم يستحق كانت ولايته غير مقيدة بشيء فسرى أثرها على غيره ولو بموته.

(٨) لبناء الولي تصرفه على المصلحة مع عدم تقييد نظره.

(٩) لزوال الاسم وفوات المنفعة.

اسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ[١]، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ[٢]، وَغَصْبُ الدَّابَةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الخِيَارَ[٣].

وَلَوْ أَكْرَى جِمَالاً وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي رَاجَعَ الْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الجَمَّالِ[٤]، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالاً اقْتَرَضَ عَلَيْهِ[٥]، فَإِنْ وَثِقَ بِالْمُكْتَرِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ[٦]، وَإِلَّا جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ[٧]، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَةِ[٨].

وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ جَازَ فِي الأَظْهَرِ[٩].

وَمَتَى قَبَضَ الْمُكْتَرِي الدَّابَّةَ أَوِ الدَّارَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ

---

(١) لبقاء الاسم، وإمكان الزرع بسوق الماء إليها.

(٢) للعيب، ما لم يبادر المؤجر قبل مضي مدة لمثلها أجرة ويسوق إليها ما يكفيها، ولا يكفي وعده وهو على التراخي، لأن بسببه تعذر قبض المنفعة، وذلك يتكرر بمرور الزمان.

(٣) لتعذر الاستيفاء، فإن بادر المؤجر وانتزع من الغاصب قبل مضي مدة لمثلها أجرة سقط خيار المستأجر، وهذا في إجارة العين، أما إجارة الذمة فلا خيار وعلى المؤجر الإبدال.

(٤) لأن نفقتها عليه، إذ هي من لوازم الاستنفاع بها.

(٥) لأن ذلك هو الممكن.

(٦) ليصرفه عليها.

(٧) ليصرفه كذلك.

(٨) إذا لم يجد مالاً آخر، وذلك للضرورة.

(٩) لأنه محل ضرورة وقد لا يرى الاقتراض، وقياسًا على ما لو اقترض ثم دفع إليه.

الإِجَارَةِ اسْتَقَرَّتِ الأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ(١)، وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ(٢)، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ المَوْصُوفَةَ(٣).

وَتَسْتَقِرُّ (1) فِي الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ(٤).

وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتِ انْفَسَخَتِ(٥)، وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لاَ تَنْفَسِخُ(٦).

وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لاَ تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ (2) (٧)،

....

(1) خ ب والتحفة: ويستقر.

(2) سقطت كلمة: الإجارة، من ب.

---

(١) لتلف المنفعة تحت يده حقيقة أو حكمًا، فيستقر عليه البدل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري، وسواء ترك الانتفاع اختيارًا أم لعذر كخوف الطريق أو لعدم الرفقة.

(٢) لتمكنه من الاستيفاء حيث بذلها المكري، فتستقر الأجرة عليه.

(٣) لتعين حقه بالتسليم والتَّسَلُّم، فإن لم يسلمها إليها لم يستحق عليه أجرة لأن المعقود عليه في الذمة، فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمُسلَم فيه.

(٤) لأن لِفاسد العقود حكمُ صحيحها ضمانًا وعدمه، في الغالب، والإجارة هنا كالبيع والمنفعة كالعين، والبيع الفاسد كالصحيح في الضمان بالقبض، فكذا في الإجارة.

(٥) لفوات المنفعة قبل القبض.

(٦) لأنها متعلقة بالمنفعة لا الزمان، ولم يتعذر استيفاؤها.

(٧) لأن السيد تبرع بإزالة ملكه، ولم تكن المنافع له وقت العتق، فلم يصادف =

وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ[1]، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ[2].

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي[3]، وَلَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ فِي الأَصَحِّ[4]، وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ جَازَ فِي الأَظْهَرِ[5] وَلَا تَنْفَسِخُ[6].

* * *

= العتق إلَّا رقبة مسلوبة المنفعة، لا سيما على القول الأصح أنها تحدث على ملك المستأجر.

(١) لتصرف سيده في خالص ملكه فلم يملك نقضه، فيستوفي المستأجر منفعته.

(٢) لتصرفه في منافعه حين كان يملكها بعقد لازم.

(٣) لأنها بيده من غير حائل، وقياسًا على بيع المغصوب من الغاصب، وإنما امتنع بيع المشتري قبل قبضه للبائع، لضعف ملكه هنا.

(٤) لأنها واردة على المنفعة، والملك على الرقبة فلا تنافي، ولهذا جاز استئجار ملكه من المستأجر.

(٥) لاختلاف الموردين، إذ العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة يجوز بيعها، ولو لم يأذن المكتري في الأولى، أو الزوج في الثانية.

(٦) قطعًا، كما لا ينفسخ نكاح بيع الأمة المزوجة، فتبقى في يد المكتري إلى انقضاء أمدها.

كتاب إحياء الموات(١)

الأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الإِسْلَامِ فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالإِحْيَاءِ(٢)، وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ(٣).

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق»، قال عروة ـ راوي الحديث: قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته. أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضًا مواتًا برقم ٢٣٣٥، وأحاديث أخر سيأتي بيانها.

(٢) وإن لم يأذن فيه الإمام، اكتفاءًا بإذن رسول الله ﷺ وقضائه، كما وردت به الأحاديث المشهورة منها ما تقدم ومنها ما سيأتي، ولأنه مباح كالاحتطاب والاصطياد، لكن يستحب استئذانه خروجًا من الخلاف.

(٣) لأنه استعلاء في الأرض وهو ممتنع عليهم بدارنا، فليس لهم ولا لغيرهم من الكفار ذلك، وإن أذن فيه الإمام، ولحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فله فيها أجر، وما أكله العوافي منها فهو صدقة». أخرجه النسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٢/ ٢١٧، وابن حبان ٧/ ٣١٩، ٣٢٠، كما في الإحسان، وأحمد في المسند ٣/ ٣١٣، والحديث صحيح، واستدل به ابن حبان على أن الذمي لا يملك الموات، لأن الأجر إنما يكون للمسلم، وتعقبه المحب الطبري بأن الكافر يتصدق ويجازى عليه في الدنيا، وأيد الحافظ ابن حجر ابن حبان، فقال: وقول ابن حبان أقرب للصواب، وظاهر الحديث معه والمتبادر إلى الفهم منه، أن إطلاق الأجر إنما يراد به الأخروي. اهـ. كما في تلخيص الحبير ٣/ ٦٢.

وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ كُفَّارٍ فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا[١]، وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا[٢].

وَمَا كَانَ مَعْمُورًا فَلِمَالِكِهِ[٣]، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ فَمَالٌ ضَائِعٌ[٤]، وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ[٥].

وَلَا يُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ حَرِيمُ مَعْمُورٍ[٦]، وَهُوَ مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الانْتِفَاعِ[٧].

فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ النَّادِي[٨]، وَمُرْتَكَضُ الْخَيْلِ، وَمُنَاخُ الإِبِلِ، وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا[٩].

---

(١) لأنه من حقوق دارهم، ولا ضرر علينا فيه.

(٢) قياسًا على موات دارنا، بخلاف ما يذبّون عنه، وقد صالحوا على أن الأرض لهم، فليس للمسلم إحياؤه، أما ما كان بدار الحرب فيملك بالإحياء مطلقًا؛ لأنه يجوز تملك عامرها فمواتها أولى.

(٣) أو لوارثه، لأن الإحياء إنما يكون للموات، وسواء كان المالك مسلمًا أو ذميًا.

(٤) لأنه إما لمسلم أو لذمي، وأمره للإمام في حفظه إلى ظهور مالكه أو بيعه وحفظ ثمنه أو استقراضه على بيت المال على ما سيأتي تفصيله في اللُّقطة ص ٢٩٩.

(٥) قياسًا على الركاز، ولأنه لا حرمة لملك الجاهلية.

(٦) لأنه ملك لمالك المعمور، غير أنه لا يباع وحده، لأنه تابع للمعمور.

(٧) وإن حصل أصله بدونه، لأنه من تتماته.

(٨) وهو ما يجتمعون فيه للتحدث، وذلك لحاجتهم إليه لذلك.

(٩) لأن العرف مطرد بذلك وعليه العمل خلفًا عن سلف، ومثل هذه: مُراح =

وَحَرِيمُ الْبِئْرِ فِي الْمَوَاتِ مَوْقِفُ النَّازِحِ، وَالْحَوْضُ، وَالدُّولَابُ، وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ، وَمُتَرَدَّدُ الدَّابَّةِ[١].

وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٍ وَثَلْجٍ، وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ الْبَابِ[٢].

وَحَرِيمُ آبَارِ الْقَنَاةِ مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ الِانْهِيَارُ[٣].

وَالدَّارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا[٤].

وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ[٥]، فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ[٦]، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حمَّامًا وَإِصْطَبْلًا، وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَّازِينَ حَانُوتَ حَدَّادٍ إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمَ الْجُدْرَانَ[٧].

= الغنم وملعب الصبيان ومسيل الماء وطرق القرية، ومرعى البهائم، للعرف كذلك.

(١) لتوقف الانتفاع بالبئر على ذلك، ولا حد لشيء مما ذكر، بل يميز قدر الحاجة في ذلك العرف.

(٢) لتوقف الانتفاع بها عليه.

(٣) للعلة السابقة، ويختلف ذلك باختلاف لين الأرض وصلابتها.

(٤) لانتفاء المرجح لها على غيرها، إذ ليس جعل موضع حريمًا لدار أولى من جعله حريمًا لأخرى.

(٥) وإن تضرر الجار، لأنه يتصرف في حقه، وفي منع المالك من التصرف في ملكه ضرر له لا جابر له.

(٦) لتقصيره حينئذٍ.

(٧) لأنه يتصرف في خالص ملكه، وفي منعه إضرار به.

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ، الْحَرَمِ[(١)] دُونَ عَرَفَاتَ فِي الأَصَحِّ[(٢)]. قُلْتُ: وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنًى كَعَرَفَةَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ[(٣)].

وَيَخْتَلِفُ الإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ[(٤)] فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَنًا اشْتُرِطَ تَحْوِيطُ الْبُقْعَةِ وَسَقْفُ بَعْضِهَا[(٥)] وَتَعْلِيقُ بَابٍ[(٦)]، وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ[(٧)].

أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابَّ فَتَحْوِيطٌ لاَ سَقْفٌ[(٨)]، وَفِي الْبَابِ الْخِلاَفُ[(٩)].

---

(١) قياسًا على عامره إذ يملك بالبيع، ولعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»، كما أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إحياء الموات برقم ٣٠٧٣ من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه، والترمذي في الأحكام برقم ١٣٧٨، وحسنه، وفي الباب من حديث جابر رضي الله عنه.

(٢) لتعلق حق الوقوف بها، وحكى ابن حجر في التحفة ٦/ ٢١٠، والرملي في النهاية ٥/ ٣٣٨ الإجماع عليه، وإن اتسعت ولم تضق بالواقفين.

(٣) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قلنا: يا رسول الله ألا نبني لك بيتًا يظلك بمنى؟ قال: «لا، منى مُناخ من سبق». أخرجه أبو داود في المناسك، باب تحريم حرم مكة برقم ٢٠١٩، والترمذي في الحج، باب ما جاء أن منى مناخ من سبق برقم ٨٨١ وقال عنه: حسن صحيح. وللمعنى السابق في عرفات.

(٤) والرجوع فيه إلى العرف.

(٥) لتتهيأ للسكنى.

(٦) لأنه العادة في ذلك.

(٧) أنه لا يشترط، لأنه للحفظ، والسكنى لا تتوقف عليه، وإنما ينصب لحفظ المتاع.

(٨) لأن العادة فيها عدمه.

(٩) السابق في المسكن، والأصح اشتراطه لاطراد العرف به.

أَوْ مَـزْرَعَةً فَجَمْـعُ التُّـرَابِ حَـوْلَهَا[١] وَتَسْوِيَـةُ الأَرْضِ[٢] وتَرْتِيبُ مـاءٍ لَهَـا إِنْ لَـمْ يَكْفِهَـا المَطَـرُ المُعْتَـادُ [1] [٣]، لَا الـزِّرَاعَـةُ فِـي الأَصَحِّ[٤].

أَوْ بُسْتَانًا فَجَمْعُ التُّرَابِ[٥]، وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتِ الْعَادَةُ بِهِ[٦] وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ[٧]، وَيُشْتَرَطُ الْغَرْسُ عَلَى المَذْهَبِ[٨].

وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَبًا فَمُتَحَجِّرٌ[٩]، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ[١٠] لَكِنِ الأَصَحُّ أَنَّهُ

....

(1) سقطت كلمة: المعتاد، من خ أ.

---

(١) لينفصل المُحْيِيَّ عن غيره.

(٢) لتتهيأ للزراعة، وذلك بطَمِّ المنخفض وكسح العالي.

(٣) لتوقف مقصودها عليه بخلاف ما إذا كفاها.

(٤) لأنها استيفاء منفعة، وهو خارج عن الإحياء، كما لا يعتبر في إحياء الدار سكناها.

(٥) إن اعتادوا ذلك بدلاً عن التحويط.

(٦) لأن الإحياء لا يتم بدونه.

(٧) قياسًا على المزرعة حيث لا يكفيه المطر.

(٨) لأنه لا يتم اسمه بدونه، بخلاف المزرعة بدون الزرع.

(٩) لأنه مانع لغيره منه، بذلك.

(١٠) ولكن بشرط كونه بقدر كفايته، قادرًا على عمارته وذلك لحديث أسمر بن مضرس، قال: أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له»، قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطُّون. أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين برقم ٣٠٧١. ونقل الحافظ في التلخيص ٣/ ٦٣ تصحيحه عن الضياء في المختارة.

لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ(١)، وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ(٢).

وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ: أَحْيِي أَوْ اتْرُكْ(٣)، فَإِنِ اسْتَمْهَلَ أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً(٤)، وَلَوْ أَقْطَعَهُ الإِمَامُ مَوَاتًا صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَالْمُتَحَجِّرِ(٥).

وَلَا يُقْطَعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الإِحْيَاءِ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ(٦)، وَكَذَا التَّحَجُّرُ(٧).

وَالأَظْهَرُ أَنَّ لِلإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنِ النُّجْعَةِ(٨)، وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ حِمَاهُ (1)

....

(1) خ المغني والسراج: ما حماه.

---

(١) لأنه غير مالك له، بل له حق التملّك فقط، وحق التملك لا يباع ولا يوهب كما هو الحال في حق الشفعة.

(٢) وإن أثم بذلك، لأنه حقق الملك، قياسًا على ما لو اشترى على سوم أخيه.

(٣) لتضييقه على الناس في حق مشترك فمنع منه.

(٤) رفقًا به، ودفعًا لضرر غيره، ويقدرها الإمام.

(٥) لأنه ﷺ أقطع الزبير أرضًا من أموال بني النضير كما في حديث أسماء رضي الله عنها قالت: «كنت أنقل النّوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ على رأسي وهي مني على ثلثي فرسخ». كما أخرجه البخاري في الخُمُس برقم ٣١٥١، قال البخاري: وقال أبو ضمرة عن هشام عن أبيه أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضًا من أموال بني النضير». وأخرجه مسلم في السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق برقم ٣٤ (٢١٨٢).

(٦) لأنه اللائق بفعل الإمام، إذ فعله منوط بالمصلحة.

(٧) لأن تحجر الزائد عما يقدر على إحيائه فيه منع لمريد الإحياء بغير حاجة.

(٨) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثّامة رضي الله عنه قال: إن =

لِلْحَاجَةِ[1]، وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ[2].

فَصْلٌ

مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ المُرُورُ[3]، وَيَجُوزُ الجُلُوسُ بِهِ، لِاسْتِرَاحَةٍ ومُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى المَارَّةِ[4]، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ

= رسول الله ﷺ قال: «لا حِمَى إلاَّ لله ولرسوله»، وقال: «بلغنا أن النبي ﷺ حمى النَّقيع، وأن عمر حمى الشَّرفَ والرَّبذَةَ». أخرجه البخاري في المساقاة، باب لا حمى إلاَّ لله ولرسوله ﷺ برقم ٢٣٧٠. والنقيع على عشرين فرسخًا من المدينة.
ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين». أخرجه ابن حبان برقم ٤٦٦٤، كما في الإحسان ٧/ ٩٤.

(١) رعاية للمصلحة التي تجب مراعاتها.

(٢) لأن ذلك من خصائصه ﷺ كما قال ﷺ في الحديث السابق: «لا حمى إلاَّ لله ولرسوله» ومع ذلك فلم يقع منه، وإنما حمى لخيل المسلمين.

(٣) لأنه وضع لذلك أساسًا.

(٤) أما جواز الجلوس فلحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إياكم والجلوس بالطرقات»، قالوا: يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بُدّ نتحدث فيها، فقال: «إذا أبيتم إلاَّ المجلس فأعطوا الطريق حقه»، قالوا: وما حق الطريق يا رسول الله؟ قال: «غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر». أخرجه البخاري في الاستئذان برقم ٦٢٢٩.
فدل الحديث على جواز الجلوس فيه إذا أدي حقه.
وأما منعه إذا ضيق على المارة فلحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار، ومن ضارّ ضارّه الله، ومن شاق شاق الله عليه». أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٨، وصححه على شرط مسلم وحسنه المصنف في الأربعين النووية برقم ٢٣ وقال له طرق يقوى بعضها بعضًا.

الإِمَامِ[1]، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا[2]، وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أُقْرِعَ[3]، وَقِيلَ: يُقَدِّمُ الإِمَامُ بِرَأْيِهِ[4].

وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكًا لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلاً إِلَى غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ[5]، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ[6] إِلاَّ أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ[7].

وَمَنْ أَلِفَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَوْضِعًا يُفْتِي فِيهِ وَيُقْرِىءُ كَالجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ[8]، وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلاَةٍ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا[9]،

---

(١) لإطباق الناس عليه من غير نكير.

(٢) لجريان العادة به، والباريّة نوع نسيج من قصب كالحصير.

(٣) لأنه لا مزية مرجحة لأحدهما على الآخر.

(٤) قياسًا على مال بيت المال.

(٥) لإعراضه عنه.

(٦) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به». أخرجه مسلم في السلام، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به برقم ٣١ (٢١٧٩).

(٧) لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل، فلما انقطع معاملوه لم يبق وجه لتعينه فيه.

(٨) لأن له غرضًا في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس.

(٩) لأن لزوم بقعة معينة للصلاة غير مطلوب شرعًا لحديث عبد الرحمن بن شبل رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثلاث: عن نقرة الغراب، وافتراش السبع، ولا يوطن الرجل المكان يصلي فيه كما يوطن البعير». أخرجه أبو داود في الصلاة، باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع برقم ٨٦٢، والنسائي في الافتتاح ٢/٢١٤، ٢١٥، وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب ما جاء في توطين المكان في =

فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلِ اخْتِصَاصُهُ فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ(١).

وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانِقَاهُ(٢) لَمْ يُزْعَجْ، وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ(٣).

فَصْلٌ

المَعْدِنُ الظَّاهِرُ، وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومِيَاءَ وَبِرَامٍ وَأَحْجَارِ رَحًى لَا يُمْلَكُ بِإِحْيَاءٍ (1)، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ (2) اخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ(٤)، فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ قُدِّمَ السَّابِقُ بِقَدْرِ

....

(1) خ ط ونسخ الشروح عدا المحلي: بالإحياء.

(2) خ ط: فيها.

= المسجد يصلّي فيه برقم ١٤٢٩، والبغوي في شرح السنّة ٣/١٦١، وفي إسناده ضعف لكن له شواهد تجبر ضعفه فهو حسن بها.

(١) لحديث أبي هريرة السابق: «من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به».

(٢) هي ديار الصوفية.

(٣) لعموم الحديث السابق، فهو أحق به، ولو لم يترك متاعًا ولا نائبًا، بخلاف ما إذا أخرج لغير حاجة.

(٤) بل هو مشترك بين الناس مسلمهم وكافرهم كالماء والكلأ، لحديث أبيض بن حمّال المأربي رضي الله عنه، قال: «أتيت النبي ﷺ فاستقطعت الملح الذي بمأرب، فأقطعنيه، فقال رجل: يا رسول الله إنه كالماء العِدّ، قال: «فلا إذن». أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إقطاع الأرضين برقم ٣٠٦٤، وابن ماجه في الرهون برقم ٢٤٧٥، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الإقطاع برقم ١٣٨٠، وقال: =

حَاجَتِهِ[١] فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً فَالأَصَحُّ إِزْعَاجُهُ[٢]، فَلَوْ جَاءَا مَعًا أُقْرِعَ فِي الأَصَحِّ[٣].

وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ وَهُوَ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ لَا يُمْلَكُ بِالْحَفْرِ وَالْعَمَلِ فِي الأَظْهَرِ[٤].

وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ مَلَكَهُ[٥]، وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنَ الأَوْدِيَةِ، وَالعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا[٦].

فَإِنْ أَرَادَ (1) قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ (2) مِنْهَا فَضَاقَ (3) سُقِيَ الأَعْلَى

(1) خ س: فإن زاد، وهو خطأ.

(2) خ س ب: أرضهم، وفي التحفة والمحلي: أرضيهم.

(3) خ ط: وضاق.

= حديث غريب، وأخرجه ابن حبان في صحيحه كما في موارد الظمآن برقم ١١٤٠، قال في التلخيص الحبير ٣/ ٦٤، وضعفه ابن القطان، ومعنى العِدّ: الدائم.

وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء، وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل.

(١) لسبقه، ويرجع فيها إلى ما تقتضيه عادة أمثاله.

(٢) إن زوحم عن الزيادة، لأن عكوفه عليه كالتحجّر، والحاجة إلى المعادن شديدة.

(٣) إذ لا مرجح لأحدهما على الآخر.

(٤) قياسًا على الظاهر.

(٥) لأنه من أجزاء الأرض التي ملكها بالإحياء.

(٦) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار». أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث برقم ٢٤٧٣، وقال عنه البوصيري في المصباح ٢/ ٥٥: إسناده صحيح، رجاله ثقات، وصححه الحافظ ابن حجر في الفتح ١٠/ ١٠١.

فالأَعْلَى، وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ المَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ[١]، فَإِنْ كَانَ فِي الأَرْضِ ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ[٢]، وَمَا أُخِذَ مِنْ هَذَا المَاءِ فِي إِنَاءٍ مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ[٣].

وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلارْتِفَاقِ أَوْلَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ[٤]، وَالمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ يُمْلَكُ مَاؤُهَا فِي الأَصَحِّ[٥]، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لَا، لَا يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ[٦]،

---

(١) لحديث عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شِراج الحرَّة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك»، فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلوَّن وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الجدر»، فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾.

أخرجه البخاري في المساقاة، باب سكر الأنهار برقم ٢٣٥٩، ومسلم في الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ برقم ١٢٩ (٢٣٥٧).

(٢) لأنهما لو سقيا معًا لزاد الماء في المنخفضة على القدر المستحق.

(٣) قياسًا على الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، ونقل الرملي في النهاية ٥/ ٣٥٤، وابن حجر في التحفة ٦/ ٢٣٠ عن ابن المنذر الإجماع فيه لوضع اليد عليه.

(٤) لسبقه إليه، أما ما فضل عن حاجته قبل ارتحاله فليس له منعه.

(٥) لأنه نماء ملكه كالثمرة، واللبن والشجر النابت في ملكه.

(٦) لأن الزرع لا حرمة له في نفسه، حتى ولو كان الزرع له.

وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»، وفي رواية: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ». =

وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ[1].

وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عُرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ[2]، وَلَهُمُ الْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً[3].

* * *

= الذي أخرجه البخاري في المساقاة، باب من قال أن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي برقم ٢٣٥٣، ورقم ٢٣٥٤، ومسلم في المساقاة برقم ٣٦ (١٥٦٦). فليس فيه دلالة على وجوب بذله للزرع، إذ معناه كما ذهب إليه الجمهور، وحكاه الحافظ في الفتح ١٠/١٠١: «أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ماء غيره، ولا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلاَّ إذا تمكّنوا من سقي بهائمهم من تلك البئر لئلاَّ يتضرروا بالعطش بعد الرعي، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعي». اهـ. وذكر نحوه المصنف في شرح مسلم ١٠/٢٩، فهو إذًا من ذكر السبب وإرادة المسبب.

(١) لحرمة الروح.

(٢) لأن هذا الأسلوب طريق إلى استيفاء كلٍّ حقَّه، وعند تساوي الثقب وتفاوت الحقوق أو عكسه يأخذ كل بقدر حصته، فإن جهل قدر الحصص قسم على قدر الأراضي، لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك.

(٣) وهو أمر يتراضون عليه، كأن يسقي كل منهم يومًا أو بعضهم يومًا، وبعضهم أكثر بحسب حصته، كما في قوله تعالى في ناقة صالح: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥]، وقياسًا على سائر الأموال المشتركة، ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع التراضي.

كتاب الوقف(١)

شَرْطُ الْوَاقِفِ صِحَّةُ عِبَارَتِهِ وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ(٢)، وَالْمَوْقُوفِ دَوَامُ الِانْتِفَاعِ بِهِ(٣)، لَا مَطْعُومٌ

---

(١) الأصل فيه قوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢]، فإن أبا طلحة الأنصاري رضي الله عنه حينما نزلت هذه الآية قال: يا رسول الله إن الله يقول: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ...﴾ الآية، وإن أحب أموالي إليَّ بَيْرُحاءُ وإنها صدقة لله، أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله، قال رسول الله ﷺ: بخٍ ذلك مال رايح، ذلك مال رايح، قد سمعتُ ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين، قال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسَّمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه». أخرجه البخاري في التفسير، باب ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ...﴾ الآية برقم ٤٥٥٤.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا يَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَلَن يُكْفَرُوهُ وَٱللَّهُ عَلِيمٌۢ بِٱلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١١٥]، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عملُه إلاَّ من ثلاثة: إلاَّ من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له». أخرجه مسلم، في الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته برقم ١٤ (١٦٣١)، والصدقة الجارية هي الوقف.

(٢) لأن الوقف تصرف مالي وهو لا يصح ممن لا يعتد بعبارته كالصبي والمجنون، ولا ممن حجر على تصرفاته المالية كالسفيه والمكره.

(٣) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر رضي الله عنه أرضًا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله: أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالاً قطُّ =

وَرَيْحَانٌ[1].

وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ وَمُشَاعٍ[2]، لَا عَبْدٍ وَثَوْبٍ فِي الذِّمَّةِ[3]،

= أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ فقال: «إن شئت حَبَست أصلها وتصدَّقت بها»، فتصدق بها عمر أنه لا يباع، ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف ويطعم غير مُتموِّل». أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط في الوقف برقم ٢٧٣٧.

فدلَّ على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به، والمقصود من الانتفاع أن تحصل منه فائدة مع بقائه مدة، وضابطها ما يصح استئجاره على شرط ثبوت حق الملك في الرقبة.

(١) لأن منفعة المطعوم في استهلاكه، والريحان يسرع فساده.

(٢) أما العقار فلما تقدم من حديث أبي طلحة رضي الله عنه.

وأما المنقول فلحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: أمر رسول الله ﷺ بالصدقة فقيل: منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس بن عبد المطلب، فقال النبي ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلاَّ أنه كان فقيرًا فأغناه الله ورسولُه، وأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا، قد احتبس أدراعه وأَعتُدَه في سبيل الله، وأما العباس بن عبد المطلب فعم رسول الله ﷺ فهي عليه صدقة ومثلها معها». أخرجه البخاري في الزكاة، باب قول الله تعالى، وفي الرقاب برقم ١٤٦٨، ومسلم في الوصية، باب في تقديم الزكاة ومنعها برقم ١١ (٩٨٣)، ولاتفاق المسلمين على وقف الحصر والقناديل والزلالي في كل عصر، وأما المشاع، فلوقف عمر رضي الله عنه السابق، فإنه كان مشاعًا.

(٣) لعدم تعين ما في الذمة، وحقيقة الوقف إزالةُ ملكٍ عن عينٍ، وسواء كان في ذمته أو ذمة غيره.

وَلَا وَقْفُ حُرٍّ نَفْسَهُ[١]، وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ[٢] وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ[٣] وَأَحَدُ عَبْدَيْهِ فِي الْأَصَحِّ[٤].

وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءً أَوْ غِرَاسًا فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا فَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ[٥].

فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ اشْتُرِطَ إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ[٦]، فَلَا يَصِحُّ عَلَى جَنِينٍ[٧] وَلَا عَلَى الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ[1] [٨]، فَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَيْهِ فَهُوَ وَقْفٌ عَلَى سَيِّدِهِ[٩]، وَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَى بَهِيمَةٍ لَغَا[١٠]، وَقِيلَ: هُوَ وَقْفٌ عَلَى مَالِكِهَا[١١].

....

(1) خ ط: عبد لنفسه.

---

(١) لأن رقبته غير مملوكة.

(٢) لعدم قبولها للنقل كالحر، ومثلها المكاتب، فهما آيلان إلى الحرية.

(٣) لأنه لا يملك، والوقف تمليك، والكلب إنما أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة فلا يجوز التوسع فيها.

(٤) لأنه مبهم، فكما لا يصح بيعه لا يصح وقفه.

(٥) لأن كلاً منهما مملوك يمكن الانتفاع به في الجملة مع بقاء عينه.

(٦) لأن الوقف تمليك منفعة.

(٧) لأن الجنين لا يصح منه التملك.

(٨) لأنه ليس أهلاً للملك، بل هو نفسه ملك لسيده.

(٩) قياسًا على ما لو وهب له أو أوصى.

(١٠) لأنها ليست أهلاً للتملك بحال، بخلاف العبد فإنه يتأتى منه الملك بعد العتق فصح لسيده.

(١١) قياسًا على العبد، ورد بالفرق السابق.

وَيَصِحُّ عَلَى ذِمِّيٍّ[(١)]، لَا مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ[(٢)] وَنَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ[(٣)].

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةِ مَعْصِيَةٍ كَعِمَارَةِ الْكَنَائِسِ فَبَاطِلٌ[(٤)]، أَوْ جِهَةِ قُرْبَةٍ كَالْفُقَرَاءِ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمَسَاجِدِ، وَالْمَدَارِسِ صَحَّ[(٥)]، أَوْ جِهَةٍ لَا تَظْهَرُ [(1)] فِيهَا الْقُرْبَةُ كَالْأَغْنِيَاءِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ[(٦)].

....

(1) خ أ والتحفة: لا يظهر.

---

(١) قياسًا على جواز التصدق عليه، فجاز الوقف عليه، ولكن بشرط أن لا يظهر فيه قصد معصية كما لو وقف على خادم الكنيسة.

(٢) لأن القصد من الوقف نفع الموقوف عليه، والمرتد والحربي مأمور بقتلهما فلا معنى للوقف عليهما، إذ لا بقاء لهما، والوقف صدقة جارية.

(٣) لتعذر تمليك الإنسان ملكه، أو منافع ملكه لنفسه، لأنه حاصل بالفعل وتحصيل الحاصل محال، وأما وقف سيدنا عثمان رضي الله عنه بئر رومة واشتراطه لنفسه فيه مثل دلاء المسلمين كما ندب إلى ذلك النبي ﷺ فيما أخرجه البخاري في الوصايا برقم ٢٧٧٨، والنسائي في الوقف ٦/ ٢٣٤. فلأن ذلك كان وقفًا عامًا، ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص، لأنه ﷺ كان يصلي في مسجده وسائر المساجد كذلك، وهي وقف على المسلمين، مع أن الصدقة لا يجوز أن يُخصَّ بها.

(٤) لأنه إعانة على معصية، والقصد من الوقف القربة.

(٥) لعموم أدلة الوقف، وإن كان في الأخيرين على جماد، لأن نفع ذلك راجع إلى المسلمين.

(٦) قياسًا على جواز الصدقة عليهم، بل سنيتها، ونظرًا لأن الوقف تمليك وهو متحقق فيهم.

وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ بِلَفْظٍ[(١)]، وَصَرِيحُهُ: وَقَفْتُ كَذَا أَو أَرْضِي مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِ[(٢)]، وَالتَّسْبِيلُ وَالتَّحْبِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى الصَّحِيحِ[(٣)].

وَلَوْ قَالَ: تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً أَوْ مَوْقُوفَةً اوْ لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ فَصَرِيحٌ فِي الأَصَحِّ[(٤)]، وَقَوْلُهُ: تَصَدَّقْتُ فَقَطْ لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَإِنْ نَوَى[(٥)] إلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ وَيَنْوِيَ[(٦)].

وَالأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَهُ: حَرَّمْتُهُ أَوْ أَبَّدْتُهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ[(٧)]، وَأَنَّ قَوْلَهُ: جَعَلْتُ الْبُقْعَةَ مَسْجِدًا تَصِيرُ بِهِ مَسْجِدًا[(٨)]، وَأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ[(٩)]،

---

(١) قياسًا على سائر التمليكات، بل أولى، ولا يأتي فيه خلاف المعاطاة، ولأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق.

(٢) لاشتهاره لغةً وعرفًا، بل هو موضوع له ومعروف به.

(٣) لاشتهارهما فيه كذلك شرعًا وعرفًا، بل قال المتولي: ما نقل عن الصحابة وقف إلاَّ بهما، وقد تقدم قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «إن شئت حبّست أصلها»، وقوله في حق خالد: «فإنه قد احتبس أدراعه وأعتُدَه في سبيل الله».

(٤) لأن لفظ التصدق مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف.

(٥) لتردده بين صدقة الفرض والنفل والوقف.

(٦) لأنه يصير كنايةً.

(٧) لأنهما لا يستعملان مستقلين بل مؤكدين، فيكونان كنايتين حيث لم يثبت لهما عرف الشرع ولا عرف اللغة.

(٨) لأن المسجد لا يكون إلاَّ وقفًا، فأغنى لفظه عن لفظ الوقف.

(٩) نظرًا لأنه تمليك، ويكون متصلاً بالإيجاب كالهبة، ويَقْبل إن كان من أهل القبول وإلاَّ قبل عنه وليه.

وَلَوْ رَدَّ بَطَلَ حَقُّهُ شَرَطْنَا الْقَبُولَ أَمْ لاَ[١].

وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ هَذَا سَنَةً فَبَاطِلٌ[٢].

وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي أَوْ عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ نَسْلِهِ وَلَمْ يَزِدْ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ الْوَقْفِ[٣]، فَإِذَا انْقَرَضَ المَذْكُورُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْقَى وَقْفًا[٤]، وَأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِ المَذْكُورِ[٥].

وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الأَوَّلِ كَوَقَفْتُهُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ[٦]، أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسَطِ كَوَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ فَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهُ[٧]، وَلَوِ اقْتَصَرَ على وَقَفْتُ فَالأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ[٨]، وَلاَ

---

(١) قياسًا على الوصية والوكالة، ولو رجع بعد الرد لم يعد له، أما الوقف على جهة عامة فلا يشترط فيها القبول.

(٢) لفساد الصيغة، إذ شأن الوقف التأبيد، وسواء كانت صغيرة أو كبيرة.

(٣) لأن مقصوده القربة والدوام، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير ويسمى هذا: منقطع الآخر.

(٤) لأن وضع الوقف الدوام كالعتق، ولأنه صرفه عنه فلا يعود، كما لو نذر هديًا إلى مكة فردَّه فقراؤُها.

(٥) لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات، لقوله ﷺ لأبي طلحة: «أرى أن تجعلها في الأقربين»، فإذا تعذَّر الرد للواقف تعين الرد إلى أقاربه.

(٦) لبطلان الأول لتعذر الصرف إليه حالاً، فكذا ما ترتب عليه، ويسمى هذا منقطع الأول.

(٧) لوجود المصرف حالاً ومآلاً، ومصرفُه عند الانقطاع أقربُ الورثة إليه عند انقطاعه كمنقطع الآخر.

(٨) لعدم ذكر مصرفه، إذ الوقف يقتضي تمليك المنافع، فإذا لم يعين متملكًا بطل كالبيع.

يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ: إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْتُ[1].

وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ[2]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُؤَجَّرَ اتُّبِعَ شَرْطُهُ[3]، وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ المَسْجِدِ اخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَالشَّافِعِيَّةِ اخْتَصَّ[4] كَالْمَدْرَسَةِ وَالرِّبَاطِ[5].

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَالأَصَحُّ المَنْصُوصُ أَنَّ نَصِيبَهُ يُصْرَفُ إِلَى الآخَرِ[6].

فَصْلٌ

قَوْلُهُ: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ

---

(١) لأنه عقد يقتضي نقل الملك لله تعالى أو الموقوف عليه حالاً كالبيع والهبة.

(٢) لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة.

(٣) لأن له غرضًا في ذلك فيصح كسائر الشروط التي يضعها للمصلحة إذا لم تخالف الشرع.

(٤) رعاية لغرضه من الوقف، وإن كره هذا الشرط.

(٥) أي فإنها تختص بهم قطعًا، لأن النفع هنا عائد إليهم حسب شرطه، وإنما جاز ذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم، فكتب عمر رضي الله عنه: «للسائل والمحروم والضيف ولذي القربى وابن السبيل وفي سبيل الله...» كما تقدم، وكتب علي رضي الله عنه في وقف له: «ابتغاء مرضاة الله ليولجن الجنة، ويصرفن النار عن وجهي ويصرفني عن النار؛ في سبيل الله وذي الرحم والقريب والبعيد لا يباع ولا يورث...». كما أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/ ١٦١.
وشرط الواقف الجائز شرعًا كنص الشارع، في وجوب الاتباع.

(٦) لأنه شَرط في الانتقال للفقراء، انقراضَهما جميعًا ولم يوجد، وإذا امتنع الصرف إليهم فالصرف لمن ذكره قبله بنصه أولى؛ إذ هو أقرب إلى غرض الواقف.

الْكُلِّ[١]، وَكَذَا لَوْ زَادَ مَا تَنَاسَلُوا أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ[٢].

وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الأَعْلَى فَالأَعْلَى أَوِ الأَوَّلِ فَالأَوَّلِ فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ[٣].

وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الأَوْلَادِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الأَوْلَادِ فِي الأَصَحِّ[٤]، وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الذُّرِّيَّةِ وَالنَّسْلِ وَالْعَقِبِ وَأَوْلَادِ الأَوْلَادِ[٥] إِلَّا أَنْ يَقُولَ: عَلَى مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ[٦].

---

(١) لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب.

(٢) لأنه لمزيد التعميم في النسل، فهو مقتضي للتشريك.

(٣) لدلالة حرف العطف «ثم» عليه في الأولى، ولتصريحه به في الثانية، ولأن ما تناسلوا يقتضي التعميم بالصفة المتقدمة، وهي عدم الصرف لبطن وهناك أحد من بطن أقرب منه.

(٤) لأنه لا يسمى ولدًا حقيقة، لأن ولده في الحقيقة هو ولد الصلب، وإنما يسمى ولد الولد؛ ولدًا مجازًا، ولهذا يصح نفيه فيقال: ما هذا ولدي.

(٥) لصدق اللفظ عليهم، أما في الذرية، فلقوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَىٰ وَهَٰرُونَ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٨٤﴾ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ . . .﴾ [الأنعام: ٨٤ ـ ٨٥]، فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه من الأم. وأما النسل والعقب فلأنه في معنى الذرية.

(٦) أي فلا يدخلون عملاً بلفظه، إذ هو الذي أنشأ الوقف لمن شاء، وهؤلاء لا ينسبون إليه لقوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

وأما حديث أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن ابني هذا سيِّد ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين» كما أخرجه البخاري في الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنه إن ابني هذا سيد. . .» برقم ٢٧٠٤، فأجيب عنه بأنه من خصائصه ﷺ إذ ليس له نسل باقٍ إلاَّ منهما. =

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتِقٌ وَمُعْتَقٌ قُسِمَ بَيْنَهُمَا[١]، وَقِيلَ: يَبْطُلُ[٢].

وَالصِّفَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ عَلَى جُمَلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي الْكُلِّ، كَوَقَفْتُ عَلَى مُحْتَاجِي أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي، وَكَذَا الْمُتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا، وَالِاسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِوَاوٍ، كَقَوْلِهِ: عَلَى أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ أَوْ إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ[٣].

فَصْلٌ

الْأَظْهَرُ أَنَّ الْمِلْكَ فِي رَقَبَةِ الْمَوْقُوفِ (1) يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى[٤] أَيْ يَنْفَكُّ عَنِ اخْتِصَاصِ الْآدَمِيِّ[٥]، فَلَا يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ[٦]،

....

(1) خ س: زيادة: عليه.

= فإن كان الواقف امرأة دخل أولاد بناتها، لأن ذكر الأنساب في حقها لبيان الواقع لا للإخراج.

(١) لتناول اسم المولى لهما.

(٢) للجهل بالمراد منهما، وامتناع حمل اللفظ على المعنيين المختلفين.

(٣) لأن الأصل اشتراك المتعاطفين في جميع المتعلقات من صفة أو حال أو شرط، والاستثناء في ذلك مثلها بجامع عدم الاستقلال.

(٤) لأنه تحبيس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة، فأزال الملك لله تعالى كالعتق.

(٥) هذا تفسير لمعنى انتقال الملك فيه لله تعالى، مع أن جميع الموجودات ملك له سبحانه في جميع الحالات حقيقة، وملك غيره مجاز على سبيل التوسع.

وإنما احتيج لإثباته مع ذلك إلى شاهد ويمين، دون بقية حقوقه سبحانه؛ لأن المقصود من الوقف ريعه، وهو حق آدمي.

(٦) بل هو لله لما علمت، وفي قوله: يكون للواقف إشارة إلى الخلاف في المسألة ففي =

وَمَنَافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ[١] يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَ[1] بِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ[٢]، وَيَمْلِكُ الْأُجْرَةَ[٣] وَفَوَائِدَهُ كَثَمَرَةٍ وَصُوفٍ وَلَبَنٍ[٤]، وَكَذَا الْوَلَدُ فِي الْأَصَحِّ[٥]، وَالثَّانِي يَكُونُ وَقْفًا[٦].

وَلَوْ مَاتَتِ الْبَهِيمَةُ اخْتَصَّ بِجِلْدِهَا[٧]، وَلَهُ مَهْرُ الْجَارِيَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ[2] وَهُوَ الْأَصَحُّ[٨]، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قِيمَةَ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ[3] بَلْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ[٩]، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَبَعْضُ عَبْدٍ[١٠].

....

(1) خ ط: أو. (2) سقطت الهاء من خ ب. (3) خ س ب: إذا تلف.

= قول يكون للواقف؛ لأنه إنما أزال ملكه عن فوائده لا عن أصله، وفي آخر أنه للموقوف عليه قياسًا على الصدقة، والخلاف إنما هو فيما يقصد به تملك ريعه بخلاف ما هو تحرير نص كالمسجد والمقبرة ونحوهما، فإنه لله قطعًا.

(١) لأن ذلك هو مقصود الوقف.

(٢) إن كانت له النظارة.

(٣) لأنها بدل المنافع المملوكة له.

(٤) لأن ذلك ثمرة الوقف، ومن ثم وجبت عليه زكاته.

(٥) قياسًا على الثمرة.

(٦) تبعًا لأمه قياسًا على الأضحية، ما لم يكن ذلك محبسًا في سبيل الله.

(٧) لأنه أولى به من غيره، ومحله ما لم يدبغ فإن دبغ عاد وقفًا.

(٨) لأنه عقد على منفعة فلم يمنعه الوقف كالإجارة، وكذا إن لم نصححه، لأنه وطء شبهة هنا أيضًا.

(٩) مراعاة لغرض الواقف وبقية البطون.

(١٠) لكونه أقرب لمقصود الواقف.

وَلَوْ جَفَّتِ الشَّجَرَةُ لَمْ يَنْقَطِعِ الْوَقْفُ عَلَى الْمَذْهَبِ[١]، بَلْ يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعًا[٢]، وَقِيلَ: تُبَاعُ[٣]، وَالثَّمَنُ كَقِيمَةِ الْعَبْدِ[٤].

والأَصَحُّ جَوَازُ بَيْعِ حُصْرِ المَسْجِدِ إِذَا بُلِيَتْ وَجُذُوعِهِ إِذَا انْكَسَرَتْ وَلَمْ تَصْلُحْ إِلَّا لِلإِحْرَاقِ[٥].

وَلَوِ انْهَدَمَ مَسْجِدٌ وَتَعَذَّرَتْ إِعَادَتُهُ لَمْ يُبَعْ بِحَالٍ[٦].

فَصْلٌ

إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ اتُّبِعَ[٧]، وَإِلَّا فَالنَّظَرُ

---

(١) لقوة الدوام، إذ يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء، ولذلك امتنع وقفها يابسة.

(٢) لتأتي الانتفاع بها كذلك إجارة ونحوه، إدامة للوقف.

(٣) لتعذر الانتفاع كما شرطه الواقف.

(٤) يأتي فيه الخلاف السابق؛ فقيل يشتري به شجرة أو شقص شجرة من جنسها لتكون وقفًا، وقيل يملكه الموقوف عليه.

(٥) لئلا تضيع، ويضيق المكان بها من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف، لأنها صارت في حكم المعدومة.

(٦) لإمكان الانتفاع به حالاً بالصلاة في أرضه، ولأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال، كما لو أعتق عبدًا ثم زمن.

(٧) لأنه المتقرب بالصدقة فيتبع شرطه كما يتبع في مصارفها وغيرها، ولأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر، فجعل عمر رضي الله عنه النظر إلى حفصة أم المؤمنين رضي الله عنها، وإذا توفيت فإلى ذوي الرأي من أهلها كما أخرجه أبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف برقم ٢٨٧٩.

لِلْقَاضِي عَلَى الْمَذْهَبِ[١].

وَشَرْطُ النَّاظِرِ: الْعَدَالَةُ[٢] وَالْكِفَايَةُ[٣]، وَالاِهْتِدَاءُ إِلَى التَّصَرُّفِ[٤]، وَوَظِيفَتُهُ: الْعِمَارَةُ وَالإِجَارَةُ وَتَحْصِيلُ الْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا[٥]، فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَذِهِ الأُمُورِ لَمْ يَتَعَدَّهُ[٦].

وَلِلْوَاقِفِ عَزْلُ مَنْ وَلَّاهُ، وَنَصْبُ غَيْرِهِ[٧]، إِلَّا أَنْ يَشْرِطَ نَظَرَهُ حَالَ الْوَقْفِ[٨]، وَإِذَا أَجَّرَ النَّاظِرُ فَزَادَتِ الأُجْرَةُ فِي الْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِالزِّيَادَةِ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ فِي الأَصَحِّ[٩].

* * *

(١) لأنه صاحب النظر العام، فكان أولى من غيره.

(٢) لأن النظر ولاية، كالولاية على اليتيم.

(٣) لأنه إذا لم يكن كفوءًا لم يصرف الوقف في مصارفه، ولا يحافظ عليه.

(٤) هذا تفسير للكفاءة، فإذا زالت الأهلية كان النظر للحاكم.

(٥) لأنها المعهودة في مثله.

(٦) اتباعًا لشرطه، ويستحق الناظر الأجرة التي شرطها الناظر، وإن زادت عن أجرة مثله، ما لم يكن هو الواقف.

(٧) قياسًا على الوكيل.

(٨) لأنه لا نظر له بعد شرطه النظر لغيره، كما ليس لغيره ذلك.

(٩) لأنه جرى بالغبطة في وقته، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيم بالأسواق أو ظهر طالب بالزيادة.

كتاب الهبة [١]

التَّمْلِيكُ بِلَا عِوَضٍ هِبَةٌ [٢]، فَإِنْ مَلَّكَ مُحْتَاجًا لِثَوَابِ الآخِرَةِ فَصَدَقَةٌ [٣]، فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى مَكَانِ الموْهُوبِ لَهُ إِكْرَامًا (1) فَهَدِيَّةٌ [٤].

وَشَرْطُ الْهِبَةِ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظًا [٥]، وَلَا يُشْتَرَطَانِ فِي الْهَدِيَّةِ عَلَى

. . . .

(1) خ المحلى والمغني والسراج: إكرامًا له.

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]، وقوله سبحانه: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٧]، وأحاديثُ كحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فِرْسَنَ شاة». أخرجه البخاري في الأدب، باب لا تحقرن جارة لجارتها برقم ٦٠١٧، ومسلم في الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بالقليل برقم ٩٠ (١٠٣٠)، والأحاديث في الباب كثيرة سيأتي ذكر بعضها.

(٢) هذا تعريف للهبة شرعًا، وهو الذي ينصرف إليه لفظ الهبة عند الإطلاق، وهو يشمل الهدية والصدقة.

(٣) وهي أفضل من الهبة والهدية، لعظم أجرها، وإرادة وجه الله بها.

(٤) وهذا هو الفرق بين الهبة والهدية.

(٥) لأنها تمليك آدمي لآدمي فافتقر إلى الصيغة، كالبيع والنكاح، ولا يصح القبول إلَّا على الفور.

الصَّحِيحِ، بَلْ يَكْفِي الْبَعْثُ مِنْ هَذَا وَالْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ[1].

وَلَوْ قَالَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مُتَّ فَهِيَ لِوَرَثَتِكَ فَهِيَ هِبَةٌ[2]، وَلَوِ اقْتَصَرَ عَلَى أَعْمَرْتُكَ فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ[3].

وَلَوْ قَالَ: فَإِذَا مُتَّ عَادَتْ إِلَيَّ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ[4].

وَلَوْ قَالَ: أَرْقَبْتُكَ أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَى: أَيْ إِنْ مُتَّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ، وَإِنْ مُتُّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّتْ لَكَ، فَالْمَذْهَبُ طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ[5].

---

(١) ويكون كالقبول، لأن ذلك هو المعهود عنه ﷺ والصحابة والتابعين. ففي البخاري من حديث هشام بن عروة عن أبيه قال: «كان الناس يتحرَّون بهداياهم يوم عائشة. . .» الحديث، أخرجه في فضائل الصحابة باب فضل عائشة برقم ٣٧٧٥.
وأهدى الملوك له ﷺ الكسوة والدواب والجواري فما كان يجري في ذلك إيجاب ولا قبول.

(٢) لحديث جابر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما رجل أعمر عُمرَى له ولعقبه، فإنها للذي أعطيها، لا يرجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث». أخرجه مسلم في الهبات، باب العُمرى برقم ١٢٤٥ فهي هبة طَوَّل فيها العبارة، فيعتبر فيها الإيجاب والقبول وتلزم بالقبض.

(٣) لحديث أبـي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «العُمرى جائزة». أخرجه البخاري في الهبة، باب العمرى والرقبـى برقم ٢٦٢٦، ومسلم في الهبات، باب العمرى برقم ٣٢ (١٦٢٦).
وفي رواية لهما من حديث جابر رضي الله عنه: «العمرى ميراث لأهلها»، أخرجاه في الباب السابق واللفظ لمسلم، ولفظ البخاري: «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له».

(٤) إلغاء للشرط الفاسد لإطلاق الأحاديث الصحيحة السابقة وغيرها.

(٥) فعلى الجديد الأصح تصح ويلغو الشرط الفاسد، لحديث جابر رضي الله عنه أن =

وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ (1) هِبَتُهُ(١)، وَمَا لَا كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ فَلَا(٢) إِلَّا حَبَّتَيْ حِنْطَةٍ وَنَحْوِهِمَا (2) (٣).

وَهِبَةُ الدَّيْنِ لِلْمَدِينِ إِبْرَاءٌ(٤)، وَلِغَيْرِهِ بَاطِلَةٌ فِي الْأَصَحِّ(٥).

وَلَا يُمْلَكُ مَوْهُوبٌ إِلَّا بِقَبْضٍ بِإِذْنِ الْوَاهِبِ(٦)، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا

....

(1) خ أ ب س: جازت.

(2) خ الشروح عدا النهاية: نحوها.

= النبي ﷺ قال: «لا ترقُبوا ولا تعمُروا، فمن أرقب شيئًا أو أعمره فهو لورثته». أخرجه أبو داود في البيوع، باب من قال فيه ولعقبه برقم ٣٥٥٦، والنسائي في العمرى، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى، وصححه ابن دقيق العيد في الاقتراح ص ٩٩ برقم ٤٠ على شرط الشيخين.

(١) بقياس الأولى، لأن بابها أوسع.

(٢) بجامع أن كلًّا منهما تمليك في الحياة.

(٣) فإنه لا يصح بيعها، ، وتصح هبتها، لانتفاء المقابل فيهما.

(٤) نظرًا للمعنى فلا يحتاج إلى قبول.

(٥) لأنه غير مقدور على تسليمه، لأن ما يقبض من الدين عين لا دين، ولأنه لا يصح بيع الدين إلى غير من هو عليه.

(٦) لحديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني أهديت إلى النجاشي آواقًا من مسك وحلة، وإني لا أراه إلَّا قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلَّا سترد، فإذا ردت إلي فهي لك، فكان كما قال...» الحديث». أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/١٨٨، وصحح إسناده وتعقبه الذهبي بأنه منكر، وأن مسلم الزنجي أحد رواته ضعيف..
ولأنه عقد إرفاق كالقرض فلا يملك إلَّا بالقبض.

بَيْنَ الْهِبَةِ وَالْقَبْضِ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ[(١)]، وَقِيلَ: يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ[(٢)].

وَيُسَنُّ لِلْوَالِدِ الْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ بِأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى[(٣)]، وَقِيلَ: كَقِسْمَةِ الإِرْثِ[(٤)].

وَلِلأَبِ الرُّجُوعُ فِي هِبَةِ وَلَدِهِ[(٥)]، وَكَذَا لِسَائِرِ الأُصُولِ عَلَى الْمَشْهُورِ[(٦)].

وَشَرْطُ رُجُوعِهِ بَقَاءُ الْمَوْهُوبِ فِي سَلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ فَيَمْتَنِعُ بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ[(٧)]،

---

(١) لأنه خليفته، فلا ينفسخ العقد بذلك.

(٢) نظرًا لأنه من العقود الجائزة كالشركة، ورد بأنها تؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ بالموت كالبيع الجائز، بخلاف الشركة والوكالة.

(٣) لحديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما أن أباه أتى النبي ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلامًا، فقال: «أكل ولدك نحلت مثله»؟ قال: لا، قال: «فارجعه». أخرجه البخاري في الهبة، باب الهبة للولد، برقم ٢٥٨٦، ومسلم في الهبات، باب العمرى برقم ٩ (١٦٢٣).
ولقوله ﷺ: «اعدلوا بين أولادكم في العطية». أخرجه البخاري في الباب السابق تعليقًا بصيغة الجزم.

(٤) إجراء لها على عطية الله وقسمته وهو خير الحاكمين.

(٥) لحديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلاَّ الوالد فيما يعطي ولده، ومَثَلُ الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه». أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجوع في الهبة، برقم ٣٥٣٩، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة برقم ١٢٩٨، وقال عنه حسن صحيح، والنسائي في الهبة ٦/ ٢٦٥، وابن ماجه في الهبات برقم ٢٣٧٧.

(٦) لأن الوالد يشمل كل الأصول، وقياسًا على وجوب نفقتهم وعتقهم وسقوط القود عنهم.

(٧) لأنه حينئذٍ إبطال لغير ملك الابن، حتى وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة =

لَا بِرَهْنِهِ وَهِبَتِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ[1] وَتَعْلِيقِ عِتْقِهِ وَتَزْوِيجِهَا وَزِرَاعَتِهَا[2]، وَكَذَا الإِجَارَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ[3].

وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وَعَادَ لَمْ يَرْجِعْ فِي الأَصَحِّ[4]، وَلَوْ زَادَ رَجَعَ فِيهِ بِزِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةِ[5] لَا الْمُنْفَصِلَةِ[6].

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ بِرَجَعْتُ فِيمَا وَهَبْتُ أَوِ اسْتَرْجَعْتُهُ أَوْ رَدَدْتُهُ إِلَى مِلْكِي أَوْ نَقَضْتُ الهِبَةَ[7]، لَا بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ، وَهِبَتِهِ وَإِعْتَاقِهِ وَوَطْئِهَا فِي الأَصَحِّ[8]، وَلَا رُجُوعَ لِغَيْرِ الأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ[9].

وَمَتَى وَهَبَ مُطْلَقًا فَلَا ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ[10]، وَكَذَا لأَعْلَى مِنْهُ

= أو إرث ونحوها، لأن ملكها حينئذٍ لم يستفد من جهة أبيه، أما إن عادت بفسخ أو إقالة فله الرجوع.

(١) فيصح الرجوع فيهما لبقاء السلطنة عليه بخلافهما بعده.

(٢) لبقاء السلطنة كذلك.

(٣) لأن العين باقية بحالها، ومورد الإجارة المنفعة، فيستوفيها المستأجر.

(٤) لأن الملك غير مستفاد منه حينئذٍ.

(٥) لأنها تتبع الأصل.

(٦) لحدوثها في ملك المتهب.

(٧) لأن هذه تفيد المقصود لصراحتها فيه.

(٨) لكمال ملك الفرع، فلم يقو الفعل على إزالته.

(٩) لحديث ابن عمر وابن عباس السابق: «لا يحل لرجل أن يعطي عطيته أو يهب هبته فيرجع فيها إلاّ الوالد فيما يعطي ولده...».
ولأنه بذل ماله مجانًا كالمتصدق.

(١٠) إذ لا يقتضيه لفظًا ولا عادة، ولأن القصد من الهبة حينئذٍ الصلة فلم تجب فيه المكافأة كالصدقة.

فِي الأَظْهَرِ[١]، وَلِنَظِيرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ[٢]، فَإِنْ وَجَبَ فَهُوَ قِيمَةُ الْمَوْهُوبِ فِي الأَصَحِّ[٣]، فَإِنْ لَمْ يُثِبْهُ فَلَهُ الرُّجُوعُ[٤].

وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ الْعَقْدِ[٥]، وَيَكُونُ بَيْعًا عَلَى الصَّحِيحِ[٦]، أَوْ مَجْهُولٍ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ[٧].

وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ كَقُوصَرَّةِ تَمْرٍ فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضًا[٨]، وَإِلَّا فَلَا[٩]، وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُهُ[١٠] إِلَّا فِي أَكْلِ الْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنِ اقْتَضَتْهُ الْعَادَةُ[١١].

* * *

---

(١) قياسًا على ما لو أعاره داره، وذلك إلحاقًا للأعيان بالمنافع، ولأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات، ولأنه تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض.

(٢) لأن القصد حينئذٍ الصلة وتأكيد الصداقة، والهدية كالهبة.

(٣) لأن العقد إذا اقتضى العوض ولم يُسم فيه شيءٌ تجب فيه القيمة.

(٤) لما أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ١٢٧، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: «من وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها».

(٥) نظرًا إلى المعنى، إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال: بعتك.

(٦) نظرًا للمعنى كذلك، فتجري فيه أحكامه من الشفعة والخيار وغيرهما.

(٧) لتعذر تصحيحه بيعًا لجهالة العوض، وهبةً لذكر الثواب، بناء على الأصح أنها لا تقتضيه.

(٨) تحكيمًا للعرف المطرد.

(٩) أي فلا يكون هدية، بل أمانة في يده كالوديعة.

(١٠) لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه.

(١١) عملًا بها.

كتاب اللُّقطة(١)

يُسْتَحبُّ الالْتِقاطُ لِواثِقٍ بِأَمانَةِ نَفْسِهِ(٢)، وَقِيلَ: يَجِبُ(٣)، وَلاَ

(١) الأصل فيها قبل الإجماع عموم الآيات الآمرة بالبر والإحسان كقوله سبحانه: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٤]، وقوله ﷺ فيما رواه عنه زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه، قال: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ فسأله عمّا يلتقطه فقال: «عرّفها سنة ثم احفظ عِفاصَها وَوِكَاءَها فإن جاء أحد يخبرك بها وإلاَّ فاستنفقها»، قال: يا رسول الله فضالّة الغنم؟ قال: «لك أو لأخيك أو للذئب»، قال: فضالَّة الإبل؟ فتمعَّر وجهُ النبي ﷺ فقال: «ما لك ولها؟ معها حذاؤها وسقاؤها تَرِد الماءَ وتأكل الشجر».

أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الإبل برقم ٢٤٢٧، ومسلم في اللقطة في أوله برقم ١ (١٧٢٢)، وغيرها كثير.

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : «من نفّس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلمًا ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه...». أخرجه مسلم في الذكر والدعاء برقم ٣٨ (٢٦٩٩).

(٣) صيانة للمال عن الضياع، وحفظ المال الآدمي كنفسه.

يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَاثِقٍ(١)، وَيَجُوزُ فِي الأَصَحِّ(٢)، وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ(٣)، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ الإِشْهَادُ عَلَى الالْتِقَاطِ(٤)، وَأَنَّهُ يَصِحُّ الْتِقَاطُ الفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالذِّمِّيِّ فِي دَارِ الإِسْلَامِ(٥)، ثُمَّ الأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ الفَاسِقِ وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدلٍ(٦)، وَأَنَّهُ لاَ يُعْتَمَدُ تَعْرِيفُهُ، بَلْ يُضَمُّ إِلَيْهِ رَقِيبٌ (1) (٧).

وَيَنْزِعُ الْوَلِيُّ لُقَطَةَ الصَّبِيِّ(٨) وَيُعَرِّفُ وَيَتَمَلَّكُهَا لِلْصَّبِيِّ إِنْ رَأَى ذَلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ الاِقْتِرَاضُ لَهُ(٩)، وَيَضْمَنُ الْوَلِيُّ إِنْ قَصَّرَ فِي انْتِزَاعِهِ

. . . .

(1) خ س: مشرف.

---

(١) خشية الضياع أو طُروِّ الخيانة.

(٢) لأن خيانته لم تتحقق والأصل عدمها، وعليه الاحتراز، أما إذا علم من نفسه الخيانة فيحرم عليه أخذها كالوديعة.

(٣) لأنه قد يخون فيها.

(٤) قياسًا على الوديعة، ولكن يستحب لحديث عياض بن حِمَار قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجد لُقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب، فإن وَجَد صاحبها فليردها عليه، وإلاَّ فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء». أخرجه أبو داود في اللقطة برقم ١٧٠٩، وأحمد في المسند ١٦٢/٤، ٢٦٦، وإسناده حسن.

(٥) لأن المُغلَّب فيها جانب الاكتساب لا الأمانة والولاية.

(٦) لأن مال ولده لا يقر في يده، فكيف مال الأجانب.

(٧) لئلا يخون فيه، وخشية من التفريط في التعريف.

(٨) حفظًا لحقه وحق المالك، وتكون يده نائبة عنه.

(٩) لأن تملكها كالاستقراض له، فإن لم ير ذلك حفِظَها أو سلمها للحاكم.

حَتَّى تَلفَ فِي يَدِ الصَّبِيِّ[١]، والأَظْهَرُ بُطْلَانُ الْتِقَاطِ الْعَبْدِ[٢] وَلَا يُعْتَدُّ بِتَعْرِيفِهِ[٣] فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ كَانَ الْتِقَاطًا[٤].

قُلْتُ: المَذْهَبُ صِحَّةُ الْتِقَاطِ المُكَاتَبِ كِتَابَةً [1] صَحِيحَةً[٥]، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ[٦]، وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ[٧]، فَإِنْ كَانَتْ مُهَايَأَةٌ فَلِصَاحِبِ النَّوْبَةِ فِي الأَظْهَرِ[٨]، وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ النَّادِرِ مِنَ الأَكْسَابِ وَالمُؤَنِ[٩] إِلَّا أَرْشَ الجِنَايَةِ[١٠]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

فَـصْـلٌ

الحَيَوَانُ المَمْلُوكُ المُمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ بِقُوَّةٍ كَبَعِيرٍ وَفَرَسٍ،

. . . .

(1) سقطت كلمة: صحيحة، من خ أ.

---

(١) لتقصيره كما لو قصر في حفظ ما احتطبه حتى تلف أو أتلف.

(٢) لأنه ليس من أهل الولاية والملك، ويُعرِّض سيده للمطالبة ببدلها لوقوع الملك له.

(٣) لأن أخذه اللقطة عدوان، قاله الشافعي في الأم، ٣/٦٨، وقال: إنما يأخذ اللقطة من له ذمة يرجع بها عليه ومن له مال يملكه، والعبد لا مال له ولا ذمة، وإذا لم يصح التقاطه فهو مال ضائع، يجب أن يسلمه للسلطان، فإن تسلمها برىء العبد.

(٤) لصحة التقاط السيد، ويد عبده قبل ذلك كانت يدًا له، فيعرفه عندئذٍ ويتملكه ويسقط عن العبد الضمان.

(٥) لأنه كالحر في الملك والتصرف، فيعرف ويتملك ما لم يعجز قبل التملك.

(٦) لأنه تملك ملكًا تامًا، وله ذمة صحيحة فهو كالحر كذلك في الملك والتصرف.

(٧) فيعرفانها ويتملكانها وهذا إن لم يكن بينهما مهايأة كما سيأتي.

(٨) بناءً على دخول الكسب النادر في المهايأه، وهو الأصح.

(٩) لأن مقصود المهايأة أن يختص كل واحد بما وقع في نوبته.

(١٠) لأن الأرش يتعلق بالرقبة وهي مشتركة.

أَوْ بِعَدْوٍ كَأَرْنَبٍ وَظَبْيٍ، أَوْ طَيَرَانٍ كَحَمَامٍ، إِنْ وُجِدَ بِمَفَازَةٍ فَلِلْقَاضِي الْتِقَاطُهُ لِلْحِفْظِ[1] وَكَذَا لِغَيْرِهِ فِي الأَصَحِّ[2]، وَيَحْرُمُ الْتِقَاطُهُ لِتَمَلُّكٍ[3]، وَإِنْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ فَالأَصَحُّ جَوَازُ الْتِقَاطِهِ لِلتَّمَلُّكِ[4].

وَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاةٍ يَجُوزُ الْتِقَاطُهُ لِلتَّمَلُّكِ فِي الْقَرْيَةِ وَالمَفَازَةِ[5]، وَيَتَخَيَّرُ آخِذُهُ مِنْ مَفَازَةٍ، فَإِنْ شَاءَ عَرَّفَهُ وَتَمَلَّكَهُ، أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ، وَعَرَّفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ، أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ[6]،

---

(١) لأن له ولاية على أموال الغائبين، ولأن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان له حظيرة يحفظ فيها الضوال، كما أخرج مالك في الموطأ ٢/ ١٢٩، من حديث ابن شهاب قال: كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إبلاً مؤبّلة تَنَاتَجُ لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها».

(٢) لئلا يأخذه خائن فيضيع، قال الإمام الشافعي رحمه الله: «ولا أحب لأحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أمينًا عليها»، كذا في المهذب بشرحه تتمة المجموع ١٥/ ٢٦٥.

(٣) لحديث زيد بن خالد السابق وقول النبي ﷺ له: «ما لك ولها؟» وتمعَّرَ وجهه الشريف في ذلك، والحديث ورد في ضالة الإبل، وقيس عليها غيرها مما هو في معناه، بجامع الإمتناع في كل، وإمكان عيشها من غير راع إلى وجود مالكها.

(٤) لأنه في العمران يضيع بامتداد اليد الخائنة إليه بخلاف المفازة، لندرة طروقها ولاعتياد إرسالها فيها بلا راع، فلا تكون ضالة بخلاف العمران.

(٥) لإطلاق الحديث السابق: «هي لك أو لأخيك أو للذئب».

(٦) لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة، وفي ذلك إضرار بصاحبها. والإمساك أولى من البيع والأكل، لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول، وإذا باع لم يملك الثمن إلاّ بعد الحول.

فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمْرَانِ فَلَهُ الْخَصْلَتَانِ الْأُولَيَانِ لَا الثَّالِثَةُ فِي الْأَصَحِّ[1].

وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْدًا لَا يُمَيِّزُ[2]، وَيَلْتَقِطَ غَيْرَ الْحَيَوَانِ[3]، فَإِنْ كَانَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ كَهَرِيسَةٍ فَإِنْ شَاءَ بَاعَهُ وَعَرَّفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ وَأَكَلَهُ[4]، وَقِيلَ: إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمْرَانٍ وَجَبَ الْبَيْعُ[5].

وَإِنْ أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ بِعِلَاجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ، فَإِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ بِيعَ، أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ وَتَبَرَّعَ بِهِ الْوَاجِدُ جَفَّفَهُ[6]، وَإِلَّا بِيعَ بَعْضُهُ لِتَجْفِيفِ الْبَاقِي[7].

وَمَنْ أَخَذَ لُقَطَةً لِلْحِفْظِ أَبَدًا فَهِيَ أَمَانَةٌ[8]، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْقَاضِي لَزِمَهُ الْقَبُولُ[9] وَلَمْ يُوجِبِ الْأَكْثَرُونَ التَّعْرِيفَ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ[10]، فَلَوْ

---

(١) لسهولة البيع هنا لا ثَمَّ، ولمشقة نقلها إلى العمران.

(٢) لأنه مال كسائر الأموال، في زمن أمن أو خوف، لكن إن كان يميز فلا يأخذه إلاَّ في زمن خوف لأنه يستدل على سيده.

(٣) سواء كان مالاً أو اختصاصًا لعموم الأدلة.

(٤) لأنه معرض للهلاك، ويتعين عليه فعلُ الأحظّ، فخير بين ما يراه الأنفع والأحظ.

(٥) لتيسره في العمران.

(٦) لأنه مال غيره، فروعي فيه المصلحة كمال اليتيم.

(٧) طلبًا للأحظ.

(٨) لأنه يحفظها لمالكها فأشبه المودع.

(٩) حفظًا لها على صاحبها، لأنه ينقلها إلى أمانة أقوى.

(١٠) لأن الشرع إنما أوجبه لأجل أن له التملك بعده، وهذا ضعيف كما قال شيخنا اللَّحجي رحمه الله تعالى، والمعتمد الوجوب كما قال الأقلون، لئلا يفوت الحق بالكتم واختاره المصنف في الروضة ٥/ ٤٠٩ وقوّاه، وكذا في شرح مسلم ١٢/ ٢٢ قال: فإنه لا يعلم أين هي حتى يطلبها فوجب تعريفها. اهـ.

قَصَدَ بَعْدَ ذَلِكَ خِيَانَةً لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا فِي الأَصَحِّ(١).

وَإِنْ أَخَذَ [1] بِقَصْدِ الخِيَانَةِ فَضَامِنٌ(٢)، وَلَيْسَ لَهُ [2] بَعْدَهُ أَن يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى الْمَذْهَبِ(٣).

وَإِنْ أَخَذَ لِيُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ فَأَمَانَةٌ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ(٤)، وَكَذَا بَعدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرِ التَّمَلُّكَ فِي الأَصَحِّ(٥)، وَيَعْرِفُ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقَدْرَهَا وَعِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ يُعَرِّفُهَا(٦) فِي الأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ المَسَاجِدِ(٧) وَنَحْوِهَا سَنَةً عَلَى الْعَادَةِ(٨): يُعَرِّفُ أَوَّلاً كُلَّ يَوْمٍ طَرَفَيِ النَّهَارِ ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً ثُمَّ كُلَّ أُسْبُوعٍ، ثُمَّ كُلَّ [3] شَهْرٍ(٩)، وَلاَ تَكْفِي سَنَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ فِي الأَصَحِّ(١٠).

....

(1) خ المغني والسراج: أخذه.

(2) خ أ س: وليس عليه.

(3) خ س ب ط والنهاية: ثم شهر.

---

(١) لأنه لم يتحقق بذلك مع أن يده في الأصل كانت يد أمانة.

(٢) لقصده المقارن لأخذه، ويبرأ بالدفع لحاكم.

(٣) لأنه غاصب في النظر للابتداء.

(٤) لأنها كالوديعة حينئذٍ.

(٥) قياسًا على ما قبل التعريف.

(٦) لحديث زيد بن خالد الجهني السابق: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلاَّ فشأنك بها». كما في إحدى روايات البخاري، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، برقم ٢٤٢٩.

(٧) لأن ذلك مظنة وجود صاحبها.

(٨) لظاهر الحديث السابق.

(٩) بحيث لا ينسى أنه تكرار للأول.

(١٠) لأنه لا يظهر فائدة التعريف، ولأن مفهوم السنة في الخبر التوالي.

قُلْتُ: الأَصَحُّ تكْفِي(١)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[وَيـذْكـر بَعْضُ أَوْصَافِهَـا(٢)] (1)، وَلاَ يَلْزَمُـهُ مُـؤْنَـةُ التَّعْـرِيفِ إِنْ أَخَذَ لِحِفْـظٍ(٣)، بَلْ يُـرَتِّـبُهَا الْقَـاضِي مِنْ بَيْتِ المَـالِ، أَوْ يَـقْتَرِضُ عَلَى المَالِكِ(٤).

وَإِنْ أَخَذَ لِتَمَلّكٍ لَزِمَتْهُ(٥). وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَتَمَلَّكْ فَعَلَى المَالِكِ(٦)، والأَصَحُّ أَنَّ الْحَقِيرَ لاَ يُعَرَّفُ سَنَةً(٧) بَلْ زَمَنًا يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِبًا(٨).

فَصْلٌ

إِذَا عَـرَّفَ سَنَـةً لَـمْ يَمْلِكْهَـا (2) حَتَّـى يَخْتَـارَهُ بِلَفْـظٍ كَتَمَلَّكْـتُ(٩)،

(1) ما بين القوسين سقط من خ السراج، وفي خ المغني: فصل ويذكر. . . إلخ.
(2) خ س: لم يتملكها.

(١) لإطلاق الخبر، وقد عرف سنة كما لو نذر صوم سنة، فإنه يجزىء فيه التفرق.
(٢) وإنما يفعل ذلك، لأنه أقرب للظفر بالمالك، ولكن لا يستوعب لئلا يعتمدها كاذب فإن فعل ضمن.
(٣) لأن المصلحة للمالك.
(٤) ليلزمه بالدفع بعد ذلك.
(٥) لوجوبها عليه حينئذٍ، إذ الحظُّ له في ظنه حالة التعريف، وسواء تملكها أو لا.
(٦) لعود الفائدة إليه.
(٧) لأن فاقده لا يتأسف عليه سنة بخلاف الخطير.
(٨) ويختلف ذلك باختلاف المال.
(٩) لأنه تمليك مال ببدل، فافتقر إلى اللفظ كالشفيع.

وَقِيلَ: تَكْفِي النِّيَّةُ[١]، وَقِيلَ: يَمْلِكُ بِمُضِيِّ السَّنَةِ[٢].

فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ المَالِكُ وَاتَّفَقَا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا فَذَاكَ[٣]، وَإِنْ أَرَادَهَا المَالِكُ وَأَرَادَ المُلْتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدَلِهَا أُجِيبَ المَالِكُ فِي الأَصَحِّ[٤].

وَإِنْ تَلِفَتْ غَرِمَ مِثْلَهَا أَوْ قِيمَتَهَا يَوْمَ التَّمَلُّكِ[٥]، وَإِنْ نَقَصَتْ بِعَيْبٍ فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ الأَرْشِ فِي الأَصَحِّ[٦].

وَإِذَا ادَّعَاهَا رَجُلٌ وَلَمْ يَصِفْهَا وَلاَ بَيِّنَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ[٧]، وَإِنْ وَصَفَهَا وَظُنَّ صِدْقُهُ (1) جَازَ الدَّفْعُ[٨]، وَلاَ يَجِبُ عَلَى الْمَذْهَبِ[٩]، فَإِنْ دَفَعَ

....

(1) خ س: بإسقاط الضمير.

---

(١) لانتفاء المفاوضة والإيجاب.

(٢) اكتفاءً بقصده التملك عند الأخذ.

(٣) أي ظاهر، لأن الحق لا يعدوهما، ومؤنة الرد عليه.

(٤) لحديث زيد بن خالد الجهني، السابق: «... فإن جاء صاحبها يومًا من الدهر فأدها إليه»، ولأنها كالقراض، بل هي أولى.

(٥) لأنه وقت دخولها في ضمانه.

(٦) لقاعدة: «ما ضُمِن كله عند التلف ضُمِن بعضه عند النقص».

(٧) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادَّعَى ناس دماء رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». أخرجه البخاري في تفسير سورة آل عمران برقم ٤٥٥٢، ومسلم في الأقضية في أوله برقم ١ (١٧١١).
ولأن الفائدة من أن يعرف عفاصها ووكاءها ونحوها أن يستدل بها على صدق المعترف كما قاله في الأم ٣/ ٦٦.

(٨) عملاً بظنه، بل نص الشافعي على استحبابه كما حكياه في التحفة والنهاية.

(٩) لأنه مدع فيحتاج للبينة كغيره.

فَأَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً بِهَا حُوِّلَتْ إِلَيْهِ[1]، فَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ فَلِصَاحِبِ البَيِّنَةِ تَضْمِينُ المُلْتَقِطِ[2]، وَالْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ[3] وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ[4].

قُلْتُ: لَا تَحِلُّ لُقَطَةُ الحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ عَلَى الصَّحِيحِ[5]، وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا قَطْعًا[6]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

---

(١) لأن البينة حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف.

(٢) لأنه بان أنه سلم ما ليس له تسليمه أما إذا ألزمه حاكم بالدفع يرى وجوبه بالوصف، فلا ضمان عليه حينئذٍ لانتفاء تقصيره.

(٣) لأنه بان أنه أخذ ملك غيره.

(٤) لتلفه في يده، فيرجع الملتقط عليه بما غرمه، إن لم يقر له بالملك لأنه حينئذٍ يزعم أن الظالم هو ذو البينة.

(٥) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إن هذا البلد حرّمه الله يوم خلق السماوات والأرض فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة...»، وفيه قوله ﷺ: «ولا تلتقط لقطته إلاّ من عرّفها». أخرجه البخاري في الجزية والموادعة، باب إثم الغادر للبر والفاجر برقم ٣١٨٩، ومسلم في الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها برقم ٤٤٥ (١٣٥٣).

(٦) للحديث السابق.

كتاب اللقيط(١)

الْتِقَاطُ المَنْبُوذِ فَرْضُ كِفَايَةٍ(٢)، وَيَجِبُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ(٣)، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ وِلَايَةُ الالْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ(٤).

---

(١) الأصل فيه عموم الآيات الدالة على فعل الخير كقوله سبحانه: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۩﴾ [الحج: ٧٧]، وغير ذلك من الأدلة. كما أخرج البخاري تعليقًا بصيغة الجزم في الشهادات ١/ ٢١١، باب إذا زكّى رجل رجلاً كفاه قال: قال أبو جميلة: وجدت منبوذًا، فلما رآني عمر قال: عسى الغوير أبؤسًا، كأنه يتهمني، قال عريفي: إنه رجل صالح، قال: «كذلك، اذهب وعلينا نفقته». وأخرجه كذلك الشافعي في الأم ٣/ ٧١ والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٠٢ بسياق أطول.

(٢) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٢٣]، إذ في ذلك حفظ للنفس المحترمة عن الهلاك، لأنه آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام غيره بل أولى، لأن البالغ العاقل ربما احتال لنفسه، ولأنه بإحيائه يسقط الحرج عن الناس، فكأنه يحييهم بالنجاة من العذاب.

(٣) لئلا يسترق ويضيع نسبه المبني على الاحتياط أكثر من المال.

(٤) لأن غير العدل لا ولاية له على الغير، وغير الرشيد لا يستقل بنفسه فكيف يتولى غيره.

وَلَوِ الْتَقَطَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ انْتُزِعَ مِنْهُ(١)، فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقَرَّهُ عِنْدَهُ أَوِ الْتَقَطَ بِإِذْنِهِ فَالسَّيِّدُ الْمُلْتَقِطُ(٢).

وَلَوِ الْتَقَطَ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ أَوْ كَافِرٌ مُسْلِمًا انْتُزِعَ (1) (٣).

وَلَوِ ازْدَحَمَ اثْنَانِ عَلَى أَخْذِهِ جَعَلَهُ الحَاكِمُ عِنْدَ مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا(٤).

وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَالْتَقَطَهُ مُنِعَ الآخَرُ مِنْ مُزَاحَمَتِهِ(٥)، وَإِنِ الْتَقَطَاهُ مَعًا وَهُمَا أَهْلٌ، فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ عَلَى فَقِيرٍ(٦)، وَعَدْلٌ عَلَى مَسْتُورٍ(٧)، فَإِنِ اسْتَوَيَا أُقْرِعَ(٨).

....

(1) خ النهاية والمغني والسراج: منه.

---

(١) لأن الحضانة ولاية وتبرع وهو ليس من أهلهما.

(٢) والعبد نائبه في الأخذ والتربية.

(٣) لعدم أهلية الصبي والمجنون وتهمة الفاسق والمحجور عليه بسفه.

(٤) لأنه لا حق لأحد فيه قبل أخذه، وللحاكم أن يفعل الأحظ له بحسب نظره.

(٥) لحديث أسمر بن مضرس قال: أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال: «من سبق إلى ما ــ وفي نسخة «ماء» ــ لم يسبق إليه مسلم فهو له». أخرجه أبو داود في الخراج برقم ٣٠٧١، وعزا الحافظ في التلخيص ٣/٦٣، تصحيحه إلى الضياء في المختارة.

(٦) لأنه أرفق به غالبًا، وقد يواسيه بماله.

(٧) احتياطًا للقيط.

(٨) لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر، ولعدم ميله إليهما طبعًا، ولا يترك في يدهما معًا لتعذر الاجتماع على الحضانة.

وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِيٌّ لَقِيطًا بِبَلَدٍ فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَادِيَةٍ[١]، وَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ[٢]، وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إِذَا الْتَقَطَ بِبَلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى بَلَدِهِ[٣]، وَإِنْ وَجَدَهُ بِبَادِيَةٍ فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَلَدٍ[٤]، وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيٌّ بِبَلَدٍ فَكَالْحَضَرِيِّ[٥]، أَوْ بِبَادِيَةٍ أُقِرَّ بِيَدِهِ (1) [٦]، وَقِيلَ: إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ لَمْ يُقَرَّ[٧].

وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ الْعَامِّ كَوَقْفٍ عَلَى اللُّقَطَاءِ، أَوِ الخَاصِّ وَهُوَ مَا اخْتَصَّ بِهِ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ وَمَا فِي جَيْبِهِ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدِهِ وَدَنَانِيرَ مَنْثُورَةٍ فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ[٨].

....

(1) خ ط: في يده.

---

(١) لخشونة عيشها وفوات العلم بالدين والصنعة فيها.

(٢) لانتفاء المحذور المار ذكره، ولكن بشرط تواصل الأخبار وأمن الطريق، وإلاَّ امتنع ولو لدون مسافة القصر.

(٣) لانتفاء المحذور وتقارب المعيشة، ولكن بالشرطين السابقين.

(٤) لأنه أرفق به.

(٥) أي فليس له نقله إلى بادية، وله نقله إلى بلد آخر.

(٦) وإن كان أهل حلته ينتقلون، لأنها في حقه كبلدة.

(٧) لما فيه من تعريض نسبه للضياع، والأصح أنه يقر، لأن أطراف البادية كمحالِّ البلد الواسعة.

(٨) لأن له يدًا واختصاصًا عليها كالبالغ، والأصل فيه الحرية ما لم يعرف غيرها، وحكيا في التحفة ٥/ ٣٤٧، والنهاية ٦/ ٤٥١، الإجماع عليه، ولكن لا ينفق عليه من ماله إلاَّ بإذن الحاكم.

وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ فَهِيَ لَهُ[١]، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ[٢]، وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتِعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي الأَصَحِّ[٣]، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ المَالِ[٤]، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَامَ المُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضًا[٥]، وَفِي قَوْلٍ: نَفَقَةً[٦].

وَلِلْمُلْتَقِطِ الاِسْتِقْلَالُ بِحِفْظِ مَالِهِ فِي الأَصَحِّ[٧]، وَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي قَطْعًا[٨].

---

(١) لليد من غير مزاحم.

(٢) لأنه بموضع لا يستحقه، كالكبير إذا جلس على أرض تحتها دفين، ولكن هذا إن لم يكن الحفر طريًا، وإلَّا فإن الظاهر أن واضع اللقيط حفره.

(٣) لأنها منفصلة عنه، فهو كالبعيد عنها، ويده لا تثبت إلَّا على المتصل به، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه.

(٤) لقصة أبـي جميلة السابقة مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقوله: «وعلينا نفقته»، قال الحافظ في التلخيص ٣/٧٨، ولم ينقل أن أحدًا من الصحابة أنكر عليه. وينفق عليه من سهم المصالح، وقياسًا على البالغ المعسر فإن نفقته واجبة له في بيت المال، بل هو أولى، لأن بيت المال وارثة، وماله مصروف إليه، فتكون نفقته عليه كقرابته وموالاته.

(٥) لانتفاء أسباب وجوب النفقة عليهم، فيجب عليهم حفظ مهجته قرضًا عليه يتبع بها عند كبره ويساره.

(٦) لأنه محتاج عاجز، وعليه فلا يرجعون بها لعجزه.

(٧) لأنه يستقل بحفظ المالك فماله أولى.

(٨) لأن ولاية التصرف في المال لا تثبت إلَّا لأصل أو وصي أو حاكم أو أمينه، فإن أنفق بغير إذنه كان ضامنًا، إن كانت مراجعته ممكنة، وإلَّا أنفق وأشهد ولا يضمن حينئذٍ.

فَصْلٌ

إِذَا وُجِدَ لَقِيطٌ بِدَارِ الإِسْلَامِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ، أَوْ بِدَارٍ فَتَحُوهَا وَأَقَرّوهَا بِيَدِ كُفَّارٍ صُلْحًا، أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِجِزْيَةٍ، وَفِيهَا مُسْلِمٌ، حُكِمَ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ[(١)]، وَإِنْ وُجِدَ بِدَارِ كفَّارٍ فَكَافِرٌ إِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ[(٢)]، وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ فَمُسْلِمٌ فِي الأَصَحِّ[(٣)].

وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالدَّارِ فَأَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ لَحِقَهُ وَتَبِعَهُ فِي الْكُفْرِ[(٤)]، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ فِي الْكُفْرِ[(٥)].

وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِ الصَّبِيِّ بِجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لَا تُفْرَضَانِ فِي لَقِيطٍ:

إِحْدَاهُمَا: الْوِلَادَةُ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمًا وَقْتَ الْعُلُوقِ فَهُوَ مُسْلِمٌ[(٦)]، فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ[(٧)]، وَلَوْ عَلِقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ

---

(١) في المسائل الأربع لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «الإسلام يعلو ولا يعلى»، كما أخرجه البخاري تعليقًا في الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه ٢/ ١١٨، وتغليبًا لجانب الإسلام.

(٢) لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين.

(٣) تغليبًا للإسلام، فإن نفاه ذلك المسلم قبل في نفي نسبه دون إسلامه.

(٤) لأن الدار حكم باليد، والبينة أقوى من اليد المجردة، فيرتفع ماضننا من إسلامه باليد بالبينة لقوتها.

(٥) لأنه قد حكم بإسلامه فلا يغير بمجرد الدعوى من الكافر.

(٦) بالإجماع كما في التحفة ٦/ ٣٥٢، والنهاية ٥/ ٤٥٦، قالا: وإن ارتد بعد العلوق.

(٧) لسبق الحكم بإسلامه ظاهرًا وباطنًا.

أَحَدُهُمَا حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ[1]، فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ[2]، وَفِي قَوْلٍ: كَافِرٌ أَصْلِيٌّ[3].

الثَّانِيَةُ: إِذَا سَبَى مُسْلِمٌ طِفْلًا تَبِعَ السَّابِيَ فِي الإِسْلَامِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ[4]، وَلَوْ سَبَاهُ ذِمِّيٌّ لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فِي الأَصَحِّ[5]، وَلَا يَصِحُّ إِسْلَامُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ اسْتِقْلَالًا عَلَى الصَّحِيحِ[6].

فَصْلٌ

إِذَا لَمْ يُقِرَّ اللَّقِيطُ بِرِقٍّ فَهُوَ حُرٌّ[7] إِلَّا أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ[8].

---

(١) إجماعًا كما في المرجعين السابقين، لقوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١].

(٢) لسبق الحكم بإسلامه ظاهرًا وباطنًا كذلك، فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد.

(٣) لأنه كان محكومًا بكفره، وأزيل ذلك بالحكم بالتبعية، وقد زالت باستقلاله، فعاد لما كان عليه أولاً.

(٤) إجماعًا كما في التحفة ٦/ ٣٥٤، والنهاية ٥/ ٤٥٨، لأن له عليه ولاية، وليس معه من هو أقرب منه فتبعه كالأب.

(٥) لأن كونه من أهل دار الإسلام لم يؤثر فيه ولا في أولاده فكيف يؤثر في مسبيه؟! ولأن تبعية الدار إنما تؤثر في حق من لا يعرف حاله ولا نسبه، فيكون على دين سابيه.

(٦) لأنه غير مكلف فأشبه غير المميز والمجنون وهما لا يصح إسلامهما اتفاقًا ولأن نطقه بالشهادتين خبر وخبره غير مقبول، أو إنشاء فهو كالعقود يشترط لها التكليف كما مر غير مرَّة.

(٧) لأن غالب الناس أحرار، وحكيا في التحفة ٦/ ٣٥٦، والنهاية ٥/ ٤٥٩، الإجماع عليه.

(٨) لقوة البينة حينئذٍ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ قُبِلَ إِنْ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارُهُ (1) بِحُرِّيَّةٍ[١]، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ أَنْ لاَ يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نُفُوذُهُ حُرِّيَّةً كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ، بَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ الْمُسْتَقْبَلَةِ[٢] لاَ الْمَاضِيَةِ الْمُضِرَّةِ بِغَيْرِهِ فِي الأَظْهَرِ[٣].

فَلَوْ لَزِمَهُ دَيْنٌ فَأَقَرَّ بِرِقٍّ وَفِي يَدِهِ مَالٌ قُضِيَ مِنْهُ[٤]، وَلَوِ ادَّعَى رِقَّهُ مَنْ لَيْسَ فِي يَدِهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ لَمْ يُقْبَلْ[٥]، وَكَذَا إِنِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ فِي الأَظْهَرِ[٦].

وَلَوْ رَأَيْنَا صَغِيرًا مُمَيِّزًا أَوْ غَيْرَهُ فِي يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّهُ وَلَمْ يُعْرَفِ اسْتِنَادُهَا إِلَى الاِلْتِقَاطِ حُكِمَ لَهُ بِالرِّقِّ[٧]، فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ: أَنَا حُرٌّ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الأَصَحِّ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ[٨]، وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ عُمِلَ بِهَا[٩].

....

(1) خ المغني والسراج: بحذف الضمير.

---

(١) قياسًا على سائر الأقارير، بخلاف ما إذا كذبه.

(٢) قياسًا على قبول إقرار المرأة بالنكاح وإن تضمن ثبوت حق لها وعليها كسائر الأقارير.

(٣) قياسًا على عدم قبول الإقرار على الغير بدين مثلاً.

(٤) لما تقرر من أن إقراره لا يضر بغيره في الماضي، ثم إن فضل شيء فللمقر له وإلاَّ اتبع ما بقي بعد عتقه.

(٥) لأن الظاهر حرّيته، فلا يترك إلاَّ بحجَّة.

(٦) لأن الأصل الحرية كذلك فلا تزال بمجرد الدعوى.

(٧) عملاً باليد والتصرف بغير معارض، ولكن بيمينه.

(٨) لأنه قد حكم برقه فلا يرفع ذلك الحكم إلاَّ بحجَّة.

(٩) لظهور فائدتها، سواء، أقامها من هو تحت يده أو غيره.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَتَعَرَّضَ الْبَيِّنَةُ لِسَبَبِ الْمِلْكِ[١]، وَفِي قَوْلٍ: يَكْفِي [1] مُطْلَقُ الْمِلْكِ[٢].

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ لَحِقَهُ[٣] وَصَارَ أَوْلَى بِتَرْبِيَتِهِ[٤]، وَإِنِ اسْتَلْحَقَهُ عَبْدٌ لَحِقَهُ[٥]، وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ سَيِّدِهِ[٦].

وَإِنِ اسْتَلْحَقَتْهُ امْرَأَةٌ لَمْ يَلْحَقْهَا فِي الأَصَحِّ[٧]، أَوِ اثْنَانِ لَمْ يُقَدَّمْ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَعَبْدٍ[٨]، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ

....

(1) خ س: تكفي.

---

(١) لئلا تعتمد ظاهر يد الالتقاط وتكون عن التقاط.

(٢) قياسًا على سائر الأموال، ورد بأن أمر الرق خطير فاحتيط فيه أكثر.

(٣) لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره، فأشبه ما لو أقر له بمال، وسواء كان الملتقط أو غيره رشيدًا أو سفيهًا، فتثبت له أحكام النسب، وهذا إجماع كما في التحفة ٦/ ٣٦٠، والنهاية ٥/ ٤٦٢، ولكن بشروط الإقرار السابق ذكرها ص ١٩١.

(٤) لثبوت أبوته، قال الشيخان: فأولى ليست على بابها، يعني في التفاصيل، إذ هي هنا كقولهم فلان أحق بماله.

(٥) لإمكان حصوله منه بنكاح أو وطء شبهة.

(٦) لأن اللحوق يمنعه الإرث لو أعتقه، وأجيب بأنه غير منظور إليه لصحة استلحاق ابن مع وجود أخ.

(٧) لإمكان إقامة البينة بمشاهدة الولادة بخلاف الرجل، وحكى ابن المنذر في إجماعاته ص ٦٢، رقم ٥٧٤ الإجماع عليه.

(٨) لصحة استلحاق كل منهم، ويد الملتقط لا تصح للترجيح هنا، فلا بد من مرجح خارجي.

فَيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَهُ بِهِ[1]، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ، أَوْ تَحَيَّرَ، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا، أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا، أُمِرَ بِالِانْتِسَابِ بَعْدَ بُلُوغِهِ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا[2]، وَلَوْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ سَقَطَتَا فِي الأَظْهَرِ[3].

* * *

(١) لأن في إلحاقه أثرًا في الانتساب عند الاشتباه، لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ دخل عليَّ مسرورًا تبرق أسارير وجهه فقال: «ألم تري أن مجززًا نظر آنفًا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن بعض هذه الأقدام لمن بعض». أخرجه مسلم في الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد برقم ٣٨ (١٤٥٩).

(٢) لما روى سليمان بن يسار أن رجلين ادعيا ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قائفًا فنظر إليهما فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بن الخطاب بالدِّرَّة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا ــ لأحد الرجلين ــ يأتيني، وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حَبَل، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء، ثم خلف عليها هذا ــ تعني الآخر ــ فلا أدري من أيهما هو، قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام: «والِ أيَّهما شئتَ».

أخرجه مالك في الموطأ ١١٩/٢، بإسناد صحيح.

ولأن طبع الولد يميل إلى والده ويجد به ما لا يجد بغيره، ولذلك يحرم عليه الانتساب التشهي، بل لا بد من ميل جبلِّي كميل القريب لقريبه.

(٣) لانتفاء المرجح، واستحالة كون الولد منهما، فيرجع للقائف، واليد لا ترجيح بها لأنها إنما تدل على الملك لا على النسب.

كتاب الجعالة(1)

هِيَ كَقَوْلِهِ: مَنْ رَدَّ آبِقِي فَلَهُ كَذَا(2)، وَيُشْتَرَطُ صِيغَةٌ تَدُلُّ عَلَى الْعَمَلِ بِعِوَضٍ مُلْتَزَمٍ(3)، فَلَوْ عَمِلَ بِلاَ إِذْنٍ أَوِ أَذِنَ لِشَخْصٍ فَعَمِلَ غَيْرُهُ فَلاَ شَيْءَ لَهُ(4).

---

(1) الأصل فيها قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: 72]، وهذا وإن كان شرع من قبلنا، غير أن شرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد في شرعنا نسخ له، وحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن ناسًا من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يَقرُوهم، فبينما هم كذلك إذ لُدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق؟ فقالوا: إنكم لم تقرونا ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جُعلاً، فجعلوا لهم قطيعًا من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ، فأتوا بالشاء فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل رسول الله ﷺ، فسألوه فضحك، وقال: «وما أدراك أنها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم».
أخرجه البخاري في الطب، باب الرقى بفاتحة الكتاب برقم 5736، ومسلم في السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار برقم 65 (2201).

(2) هذا تعريف لها بالمثال، وتعرف لغة: بأنها اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله، وفي الشرع بأنها: «التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول».

(3) لأنها معاوضة، فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبذول كالإجارة والكتابة.

(4) لأنه لم يلتزم له عوضًا فوقع عمله تبرعًا، وإن كان معروفًا برد الضوال مثلاً.

وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ: مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ فَلَهُ (1) كَذَا اسْتَحَقَّهُ الرَّادُّ عَلَى الأَجْنَبِيِّ(١)، وَإِنْ قَالَ: قَالَ زَيْدٌ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا وَكَانَ كَاذِبًا لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ وَلاَ عَلَى زَيْدٍ(٢).

وَلاَ يُشْتَرَطُ قَبُولُ الْعَامِلِ وَإِنْ عَيَّنَهُ(٣)، وَتَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ(٤)، وَكَذَا مَعْلُومٌ فِي الأَصَحِّ(٥).

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الجُعْلِ مَعْلُومًا(٦)، فَلَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّهُ فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ أُرْضِيهِ فَسَدَ الْعَقْدُ(٧)، وَلِلرَّادِّ أُجْرَةُ مِثْلِهِ (2) (٨).

وَلَوْ قَالَ: مِنْ بَلَدِ كَذَا فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ الجُعْلِ(٩)،

....

(1) خ ط: فله عليه.

(2) خ أ: المثل.

---

(١) لأنه التزمه فصار كخلع الأجنبي.

(٢) لعدم التزامهما، إلاَّ إذا صدقه زيد فيستحق عليه، ولا تقبل شهادة الأجنبي على زيد لأنه متهم في ترويج قوله.

(٣) أما في غير المعين فلاستحالة طلب جوابه، وأما في المعين فلما فيه من التضييق في محل الحاجة.

(٤) للحاجة، ولأن الجعالة إذا احتملت في الفرض لحصول زيادة، فاحتمالها في رد الحاصل أولى.

(٥) لأنه الأصل، فإذا جازت على مجهول فمع العلم أولى.

(٦) لأنه عوض كالأجرة، ولأنه لا حاجة إلى جهالته بخلاف العمل.

(٧) لجهالة العوض.

(٨) قياسًا على الإجارة الفاسدة.

(٩) لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل، فبعضه في مقابلة بعضه.

ولَوِ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي رَدِّهِ اشْتَرَكَا فِي الْجُعْلِ(١).

وَلَوِ الْتزَمَ جُعْلاً لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي الْعَمَلِ إنْ قَصَدَ إِعَانَتَهُ فَلَهُ كُلُّ الجُعْلِ(٢)، وَإِنْ قَصَدَ الْعَمَلَ لِلْمَالِكِ فَلِلأَوَّلِ قِسْطهُ، وَلاَ شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحَالٍ(٣)، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ(٤)، فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ الشُّرُوعِ، أَوْ فَسَخَ الْعَامِلُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَلاَ شَيْءَ لَهُ(٥)، وَإِنْ فَسَخَ المَالِكُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ فِي الأَصَحِّ(٦).

وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ فِي الجُعْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ(٧) وَفَائِدَتُهُ بَعْدَ الشُّرُوعِ وُجُوبُ أُجْرَةِ المِثْلِ(٨).

وَلَوْ مَاتَ الآبِقُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ فَلاَ شَيْءَ لِلْعَامِلِ(٩)،

---

(١) لحصول الرد منهما.

(٢) لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأي وجه أمكن، فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده.

(٣) لأن المالك لم يلتزم له بشيء فهو متبرع.

(٤) لأنه عقد جائز من الطرفين.

(٥) لأنه لم يعمل شيئًا في الأولى، ولأن الجعل إنما يستحق في الثانية بتمام العمل وقد فوته باختياره، فلم يحصل غرض المالك.

(٦) لاحترام عمل العامل فلم يفوت عليه بفسخ غيره، ويرجع ببدله كإجارة فسخت بعيب.

(٧) قياسًا على جواز الزيادة والنقص في الثمن في مدة الخيار.

(٨) لأن التغيير بما ذكر فسخ للأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل.

(٩) لأنه لم يرده والاستحقاق معلق بالرد، بخلاف موت أجير الحج، أثناء العمل، فإنه =

وَإِذَا رَدَّهُ فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ الجُعْلِ[1].

وَيُصَدَّقُ المَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ الجُعْلِ أَوْ سَعْيَهُ فِي رَدِّهِ[2]، فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الجُعْلِ تَحَالَفَا[3].

* * *

= يستحق من الأجرة بقدر ما عمله، لأن القصد بالحج الثواب وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض، والقصد هنا الرد ولم يوجد.

(١) لأنه إنما يستحقه بالتسليم.

(٢) لأن الأصل عدمهما.

(٣) قياسًا على ما لو اختلفا في الإجارة، وحينئذٍ للعامل أجرة المثل.

كتاب الفرائض(١)

يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ بِمُؤَنَةِ تَجْهِيزِهِ(٢)، ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ(٣)، ثُمَّ

---

(١) أي مسائل قسمة المواريث، مأخوذة من الفرض بمعنى التقدير، سميت بذلك لما فيها من السهام المقدرة، وهي شرعًا نصيب مقدر للوارث، والأصل فيها قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ . . .﴾ [النساء: ١١] الآيات، وقوله سبحانه: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧]، أي مؤقتًا ومقدرًا.

وأما الأحاديث فكثيرة: فمنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر». أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه برقم ٦٧٣٢، وفي غيره، ومسلم في الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر برقم ٢ (١٦١٥).

(٢) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما في الرجل الذي وقصته راحلته، فقال رسول الله ﷺ: «اغسلوه وكفّنوه، ولا تُقرِّبوه طيبًا، فإنه يبعث يهل»، وفي رواية: «كفنوه في ثوبيه واغسلوه بماء وسدر، فإن الله يبعثه يوم القيامة يلبي».

أخرجه أبو داود في الجنائز، باب المحرم يموت كيف يصنع به برقم ٣٢٤١ وقد تقدم تخريجه ١/ ٥٤٥. فأمر النبي ﷺ بتجهيزه، ولم يسأل هل عليه دين أو لا، وذلك لاحتياجه إلى هذا التجهيز كحاجة الحي إلى القوت والملبس ونحوهما.

(٣) لأنها حقوق واجبة عليه، وسواء في ذلك حق الله كالزكاة والكفارات والحج أو حق العباد، ولكن يقدم حق الله تعالى لقوله ﷺ: «اقضوا الله فالله أحق بالقضاء» كما تقدم في الحج ١/ ٤٥٧ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وَصَايَاهُ مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي(١)، ثُمَّ يُقْسَمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ(٢).

قُلْتُ: فإِنْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ حَقٌّ كَالزَّكَاةِ وَالجَانِي وَالمَرْهُونِ وَالمَبِيعِ إِذَا مَاتَ المُشْتَرِي مُفْلِسًا قُدِّمَ عَلَى مُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ، وَاللّٰهُ أَعْلَمُ(٣).

وَأَسْبَابُ الإِرْثِ أَرْبَعَةٌ: قَرَابَةٌ وَنِكَاحٌ وَوَلَاءٌ(٤)، فَيَرِثُ المعْتِقُ الْعَتِيقَ(٥) وَلَا عَكْسَ(٦)، وَالرَّابِعُ: الإِسْلَامُ، فَتُصْرَفُ التَّرِكَةُ لِبَيْتِ المَالِ

---

(١) لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].
وإنما كانت من ثلث الباقي فقط لدلالة السنَّة على ذلك حيث قيّدت إطلاق الآية، وذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «الثلث والثلث كثير»، كما أخرجه البخاري في الوصية، باب الوصية بالثلث برقم ٢٧٤٤، ومسلم في الوصية، باب الوصية برقم ١٠ (١٦٢٩)، وكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول: «لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله ﷺ قال: «الثلث والثلث كثير. . .» الحديث.

(٢) بمعنى أن يتسلطوا على التصرف حينئذٍ، لا أن الدين يمنع الإرث.

(٣) إيثارًا للأهم وهو تقديم صاحب التعلّق، كما تُقدمُ تلك الحقوق على حقه في الحياة.

(٤) لأن الشرع ورد بالإرث بها، وأما المؤاخاة في الدين، والموالاة في النصرة والإرث فلا يورث بها، لأن هذا كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ بقوله عز وجل: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾ [الأنفال: ٧٥].

(٥) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبـي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب». أخرجه الشافعي في الأم ٤/ ١٢٥، والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٤٠، وابن حبان كما في الإحسان ٧/ ٢٢٠ برقم ٤٩٢٩، وفي إسناده ضعف ولكن له شواهد ومتابعات تجبر ما في سنده من ضعف. انظر إرواء الغليل ٦/ ١٠٩ ــ ١١٤.

(٦) حكيا في التحفة ٦/ ٣٨٨، والنهاية ٦/ ١٠ الإجماع عليه لأن العتيق لا ولاية له على المعتق.

إِرْثًا إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ بِالأَسْبَابِ الثَّلَاثَةِ[١].

وَالمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ[٢]: الابْنُ وابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ، وَالأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلَا، وَالأَخُ وَابنُهُ إِلَّا مِنَ الأُمِّ، وَالْعَمُّ إِلَّا لِلأُمِّ، وَكَذَا ابْنُهُ وَالزَّوْجُ وَالمُعْتِقُ.

وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ[٣]: الْبِنْتُ وَبِنْتُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ، وَالأُمُّ، وَالجَدَّةُ، وَالأُخْتُ، وَالزَّوْجَةُ، وَالمُعْتِقَةُ.

فَلَوِ اجْتَمَعَ كُلُّ الرِّجَالِ وَرِثَ الأَبُ وَالابْنُ وَالزَّوْجُ فَقَطْ[٤]، أَوْ (1) النِّسَاءِ فَالْبِنْتُ وَبِنْتُ الابْنِ وَالأُمُّ وَالأُخْتُ لِلأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَةُ[٥] أَوِ الَّذِينَ

....

(1) نسخ الشروح عدا النهاية: كل النساء.

---

(١) لحديث المقدام بن معدي كرب رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «من ترك كلاً فإليَّ، ومن ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل له وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه».
أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ميراث ذوي الأرحام برقم ٢٨٩٩، وأحمد في المسند ٤/ ١٣١، وابن حبان في صحيحه كما في الإحسان ٧/ ٢٥٦ برقم ٥٠٣٢.
ونقل الحافظ في التلخيص ٣/ ٨٠ عن ابن أبي حاتم أن ابن أبي زرعة حسنه، ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ٦/ ٢١٤ عن ابن القطان تصحيحه. ولأن المسلمين يرثونه بالعصوبة كما يحملون ديته.

(٢) في الاختصار، وبالبسط خمسة عشر.

(٣) بالاختصار، وبالبسط عشر.

(٤) لأن هؤلاء لا يحجبون بحال، وما عداهم يحجبون بهم، إلَّا الزوج فإنه لا يَحجب ولا يُحجب.

(٥) لأن غيرهن محجوب بغير الزوجة.

يُمْكِـنُ اجْتِمَـاعُهُـمْ مِـنَ الصِّنْفَيْـنِ، فَـالأَبَـوَانِ وَالإِبْـنُ وَالْبِنْـتُ وَأَحَـدُ الزَّوْجَيْنِ[١].

وَلَوْ فُقِدُوا كُلُّهُمْ فَأَصْلُ المَذْهَبِ أَنَّهُ لاَ يُوَرَّثُ ذَوُو الأَرْحَامِ[٢] وَلاَ يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْفَرْضِ[٣]، بَلِ [1] المَالُ لِبَيْتِ المَالِ[٤].

وَأَفْتَى المُتَأَخِّرُونَ[٥]: إِذَا لَمْ يَنْتَظِمْ أَمْرُ بَيْتِ المَالِ بِالرَّدِّ عَلَى أَهْلِ

....

(1) خ ط: وأن.

---

(١) لحجب من عداهم بهم.

(٢) لحديث أبـي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث...». أخرجه أبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث برقم ٢٨٧٠، والترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث برقم ٢١٢٠، واللفظ له وقال عنه حسن صحيح ووجه لدلالة أنه سبحانه أعطى كل ذي حق حقه فدلّ على أن كل من لم يعطه شيئًا فلا حق له.

(٣) فيما إذا فضل عنهم شيءٌ لئلا يبطل فرضه المقدر.

(٤) لحديث المقدام السابق: «... وأنا وارث من لا وارث له، أعقل له وأرثه...» وسواء انتظم أمر بيت المال أم لا، لأن الإرث للمسلمين، والإمام ناظر ومستوف لهم، والمسلمون لم يعدموا.

(٥) وهـم جمهـور الأصحـاب، وعبـر فـي الـروضـة ٦/٦ عـن هـذا القـول: بـالأصح أو الصحيـح عنـد محققـي أصحـابنـا، قـال: ومِمَّـن صححـه وأفتـى بـه الإمـامُ أبو الحسن بن سُراقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقـه وغيرهمـا، ثم صاحـب الحـاوي، والقـاضي حسين والمتولـي والخَبْـري وآخرون.

الْفَرْضِ[1] غَيْرَ الزَّوْجَيْنِ[2] مَا فَضَلَ عَنْ فُرُوضِهِمْ بِالنِّسْبَةِ[3]، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صُرِفَ إِلَى ذَوِي الأَرْحَامِ[4]، وَهُمْ مَنْ سِوَى المَذْكُورِينَ[5] مِن الأَقَارِبِ.

وَهُمْ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ: أَبُو الأُمِّ وَكُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ، وَبَنَاتُ الإِخْوَةِ، وَأَوْلَادُ الأَخَوَاتِ، وَبَنُو الإِخْوَةِ لِلأُمِّ، وَالعَمُّ لِلأُمِّ، وَبَنَاتُ الأَعْمَامِ، وَالْعَمَّاتُ، وَالأَخْوَالُ، وَالخَالَاتُ، وَالمُدْلُونَ بِهِمْ[6].

فَصْلٌ

الْفُرُوضُ المُقَدَّرَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى سِتَّةٌ[7]:

النِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ: زَوْجٌ لَمْ تُخَلِّفْ زَوْجَتُهُ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ

---

(١) لأن المال المصروف إليهم أو إلى بيت المال بالإجماع كما في الروضة ٦/٦ فإن تعذّر أحدهما تعيّن الآخر قال: وبه أفتى أكابر المتأخرين.

(٢) لأن الزوجين لا يرد إليهما بالإجماع كما في التحفة ٦/٣٩٢، والنهاية ٦/١٢ لأن علّة الرد القرابة، وهي مفقودة فيهما.

(٣) أي نسبة سهام من يرد عليهم، وذلك طلبًا للعدل فيهم.

(٤) لحديث المقدام السابق: «. . . والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه». وإنما قدم الرد عليهم لأن القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوى.

(٥) يعني في الإرث.

(٦) ويعبر عنهم: «بكل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة».

(٧) يعني في شرعه، إذ ليس المراد أن كل من له شيءٌ منها يأخذه بنص القرآن لأن فيهن من أخذ بالإجماع أو القياس كما سيأتي.

ابْنٍ(١)، وَبِنْتٌ، أَوْ بِنْتُ ابْنٍ(٢)، أَوْ أُخْتٌ لأَبَوَيْنِ، أَوْ لأَبٍ(٣) مُنْفَرِدَاتٍ(٤).

وَالرُّبُعُ فَرْضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِهِ وَلَدٌ، أَوْ وَلَدُ ابْنٍ(٥)، وَزَوْجَةٍ لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا(٦).

وَالثُّمُنُ فَرْضُهَا مَعَ أَحَدِهِمَا(٧).

وَالثُّلُثَانِ فَرْضُ بِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا، وَبِنْتَي [1] ابْنٍ فَأَكْثَرَ(٨)، وَأُخْتَيْنِ

. . . .

(1) خ ط: أو بنتي ابن.

---

(١) لقوله سبحانه: ﴿۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢]، وولد الابن كالابن ذكرًا كان أو أنثى إجماعًا كما في النهاية ٦/ ١٤، والتحفة ٦/ ٣٩٥.

(٢) لقوله سبحانه: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١]، وبنت الابن كالبنت كما مر.

(٣) لقوله سبحانه في آية الكلالة: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦].

(٤) قيد في الأربع، خرج به ما لو اجتمعن مع إخوتهن فيكن عصبات، أو مع أخواتهن فيكون لهنَّ الثلثان.

(٥) لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

(٦) لقوله سبحانه: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢].

(٧) لقوله سبحانه: ﴿فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

(٨) لقوله سبحانه في آية المواريث: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١]. =

فَأَكْثَرَ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ[١].

وَالثُّلُثُ فَرْضُ أُمٍّ لَيْسَ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ابْنٍ[٢] وَلاَ اثْنَانِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ[٣]، وَفَرْضُ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ[٤]، وَقَدْ يُفْرَضُ

= ولحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدًا، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً، ولا تُنكَحان إلاَّ ولهما مال، فقال: «يقضي الله في ذلك»، فنزلت آية الميراث فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: «اعط ابنتي سعد الثلثين، واعط أمهما الثمن وما بقي فهو لك». أخرجه الترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات برقم ٢٠٩٢، وقال عنه: حسن صحيح.

(١) لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، ولحديث جابر رضي الله عنه قال: «جاء رسول الله ﷺ يعودني وأنا مريض لا أعقل، فتوضأ وصبّ عليَّ من وضوئه، فَعَقلتُ، فقلت يا رسول الله لمن الميراث إنما يرثني كلالة، فنزلت آية الفرائض». أخرجه البخاري في الوضوء، باب صب النبي ﷺ وضوءه على المغمى عليه برقم ١٩٤، وفي أبواب أخر، وفي لفظ لمسلم: كيف أقضي في مالي؛ فلم يرد علي شيئًا حتى نزلت آية الميراث: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النساء: ١٧٦]. أخرجه مسلم في الفرائض، باب ميراث الكلالة برقم ٥ (١٦١٦).

(٢) لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

(٣) لقوله سبحانه: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

(٤) لقوله جل شأنه: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، والمراد بالإخوة هنا الإخوة من الأم، وحكى أبو حيان في البحر المحيط ٣/ ١٩٠ الإجماع عليه قال: ويوضح ذلك قراءة أُبَـيٍّ: وله أخ أو أخت من الأم، وقراءة سعد بن أبـي وقاص وله أخ أو أخت من أم. اهـ.

لِلْجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ[1].

وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ: أَبٍ وَجَدٍّ لِمَيِّتِهِمَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ[2]، وَأُمٍّ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ[3] أَوِ اثْنَانِ مِنْ إِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ (1) وَجَدَّةٍ[4]، وَلِبِنْتِ ابْنٍ مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ[5]، وَلأُخْتٍ أَوْ أَخَوَاتٍ لأَبٍ مَعَ أُخْتٍ لأَبَوَيْنِ[6]،

....

(1) خ ب والنهاية: ولا ولد ابن ولا اثنان من الإخوة والأخوات.

---

(١) فيما إذا نقص عنه بالمقاسمة، كما لو كان معه ثلاثة إخوة فأكثر، وسيأتي في بابه.

(٢) لقوله سبحانه: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ﴾ [النساء: ١١]، وولد الابن كالولد كما مر.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

(٤) أما الإخوة فلقوله سبحانه: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١]، وأما الجدة فلحديث بريدة عن أبيه رضي الله عنه «أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم». أخرجه أبو داود في الفرائض، باب في الجدة، برقم ٢٨٩٥، والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٢/ ٨٧، والدارقطني في السنن ٤/ ٩١، والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٣٤، وعزا الحافظ في بلوغ المرام ص ١٩٦ رقم ٩٧٦ تصحيحه إلى ابن خزيمة وابن الجارود، قال: وقواه ابن عديّ.

(٥) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث سئل عن ابنة وابنة ابن، فقال: أقضي فيهما بما قضى النبي ﷺ: «للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت»، قال الراوي: فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال: «لا تسألوني ما دام هذا الحَبر فيكم». أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع بنت برقم ٦٧٣٦، وانعقد على ذلك الإجماع كما في التحفة ٦/ ٣٩٧، والنهاية ٦/ ١٥.

(٦) قياسًا على البنت مع ابنة الابن.

وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ[1].

فَصْلٌ

الأَبُ وَالابْنُ وَالزَّوْجُ لاَ يَحْجُبُهُمْ أَحَدٌ[2]، وَابْنُ الابْنِ لاَ يَحْجُبُهُ إِلاَّ الابْنُ أَوِ ابْنُ ابْنٍ أَقْرَبُ مِنْهُ[3]، وَالجَدُّ لاَ يَحْجُبُهُ إِلاَّ مُتَوَسِّطٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المَيِّتِ[4]، وَالأَخُ لأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ الأَبُ وَالابْنُ وَابْنُ الابْنِ[5]، وَلأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلاَءِ[6]، وَأَخٌ لأَبَوَيْنِ[7]، وَلأُمٍّ يَحْجُبُهُ أَبٌ وَجَدٌّ وَوَلَدٌ وَوَلَدُ ابْنٍ[8].

---

(١) لقوله سبحانه: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢]. والمراد به: الأخ من الأم كما سبق.

(٢) إجماعًا كما في التحفة ٦/٣٩٧، والنهاية ٦/١٦، لأن كلاً منهم أدلى للميت بنفسه، وليس فرعًا عن غيره.

(٣) لأنه إن كان أباه فلإدلائه به، وإن كان عمه فلقربه منه، وحكى في التحفة الإجماع عليه.

(٤) إجماعًا كما في المرجعين السابقين، وهو الجد الأقرب منه، فينزل منزلة الأب، ولأن كل من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة إلاَّ ولد الأم.

(٥) حكى المصنف في الروضة ٦/٢٧ الإجماع عليه، وحكياه كذلك في التحفة والنهاية.

(٦) لأنهم حجبوا الشقيق فهو أولى.

(٧) لقوته عليه بزيادة القرب.

(٨) لآية الكلالة وقراءة أُبـيّ وسعد بن أبـي وقاص (وله أخ أو أخت من أم) كما تقدم وحكى الخطيب الشربيني في المغني ٣/١٩ الإجماع عليه.

وَابْنُ الأَخِ لأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ سِتَّةٌ: أَبٌ[1] وَجَدٌّ[2] وَابْنٌ وَابْنُهُ[3] وَأَخٌ لأَبَوَيْنِ[4] ولأَبٍ[5]، وَلأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلاَءِ[6] وَابْنُ الأَخِ لأَبَوَيْنِ[7]، وَالْعَمُّ لأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ هَؤُلاَءِ[8] وَابْنُ أَخٍ لأَبٍ[9]، وَلأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلاَءِ[10]، وَعَمٌّ لأَبَوَيْنِ[11]، وَابْنُ عَمٍّ لأَبَوَيْنِ يَحْجَبُهُ هَؤُلاَءِ[12]، وَعَمٌّ لأَبٍ[13]، وَلأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلاَءِ[14] وَابْنُ عَمٍّ لأَبَوَيْنِ[15].

---

(١) لأنه يحجب أباه لقوته؛ فهو أولى.

(٢) لأنه في درجة أبيه فحجبه كأبيه.

(٣) لأنهما يحجبان أباه فهو أولى.

(٤) لأنه إن كان أباه فهو يدلي به، وإن كان عمه فهو أقرب منه.

(٥) لأنه أقرب منه.

(٦) للمعنى السابق في كل.

(٧) لأنه أقرب منه.

(٨) للمعنى السابق كذلك.

(٩) لقرب درجته.

(١٠) لما ذكر من قربهم.

(١١) لقوته.

(١٢) لما تقدم.

(١٣) لأنه في درجة أبيه فقدم عليه لزيادة قربه.

(١٤) لما سلف كذلك.

(١٥) لقوته، فالعلة فيما ذكر أنه إذا اختلفت الدرجة علل بأنه أقرب منه، كابن الأخ لأبوين وأخ لأب، وإن اتحدت كالشقيق والأخ علل بأنه أقوى ويجمع ذلك كله قول الجعبري:

فبالجِهةِ التّقديمُ ثم بقُربهِ ... وبعدهما التقديمُ بالقوّة اجعلا

وَالمُعْتِقُ يَحْجُبُهُ عَصَبَةُ النَّسَبِ[1]، وَالْبِنْتُ وَالأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لاَ يُحْجَبْنَ[2]، وَبِنْتُ الِابْنِ يَحْجُبُهَا ابْنٌ[3] أَوْ بِنْتَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا[4].

وَالجَدَّةُ لِلأُمِّ لاَ يَحْجُبُهَا إِلاَّ الأُمُّ[5].

وَلِلأَبِ يَحْجُبُهَا الأَبُ[6] أَوِ الأُمُّ[7]، وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْهَا[8]، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ كَأُمِّ أُمٍّ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ كَأُمِّ أُمِّ أَبٍ[9].

وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ لاَ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ فِي الأَظْهَرِ[10]، وَالأُخْتُ مِنَ الْجِهَاتِ كَالأَخِ[11]، وَالأَخَوَاتُ الخُلَّصُ لأَبٍ

---

(١) إجماعًا كما في التحفة ٦/٣٩٩، والنهاية ٦/١٧، لأن النسب أقوى، ومن ثم اختص بالمحرمية ووجوب النفقة، وسقوط القود والشهادة ونحوها، ولا كذلك ولاء العتق.

(٢) بالإجماع كما في المرجعين السابقين لأنهن لا يدلين بواسطة.

(٣) لأنه أبوها أو عمها.

(٤) لأنه لم يبق من الثلثين شيء، فإن وجد معها ذلك أخذت معه ثلث الباقي تعصيبًا.

(٥) لإدلائها بها.

(٦) لإدلائها به.

(٧) إجماعًا كما في المراجع السابقة، ولأنها أقرب منها في الأمومة التي بها الإرث.

(٨) سواء أدلت بها أم لم تدل بها.

(٩) لأن لها قوتين، قربها بدرجة، وكون الأم كالأصل لتحقق نسبة الميت لها.

(١٠) لأن الأب لا يحجبها، فالجدة المدلية به أولى، فيكون السدس بينهما نصفين.

(١١) فيحجبها من يحجبه.

يَحْجُبُهُنَّ أَيْضًا أُخْتَانِ لأَبَوَيْنِ(١) وَالمُعْتِقَةُ كَالمُعْتِقِ(٢)، وَكُلُّ عَصَبَةٍ يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغْرِقَةٍ(٣).

فَصْلٌ

الابْنُ يَسْتَغْرِقُ المَالَ وَكَذَا الْبَنُونَ(٤)، وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، وَلِلْبِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثَانِ(٥)، وَلَوِ اجْتَمَعَ بَنُونَ وَبَنَاتٌ فَالمَالُ لَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ(٦).

---

(١) لأنه لم يبق من الثلثين شيء، وخرج بالخلَّص ما لو كان معهن أخ لأب فإنه يعصبهن فيأخذن معه الثلث الباقي.

(٢) فيحجبها عصبات النسب.

(٣) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق ص ٣٢١ أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر». فحيث استغرقت الفروض تحجب العصبات.

(٤) لأن الله عز وجل بدأ به في تقسيم التركة قال سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، والعرب إنما تبدأ بالأهم فالأهم، ولأن الأب إذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقي للابن كما تقدم، ولأن الابن يعصب أخته والأب لا يعصب أخته.

(٥) لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١].

(٦) لقوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] الآية السابقة، وللإجماع على ذلك كما في التحفة ٦/ ٤٠٢، والنهاية ٦/ ١٨.
وإنما فضل الذكر لاختصاصه بنحو النصرة وتحمل الدية والجهاد، وصلاحيته للإمامة والقضاء، وله حاجتان حاجة لنفسه وحاجة لزوجته وأولاده، وللأنثى حاجة واحدة لنفسها، بل هي غالبًا مستغنية بالتزويج عن الإنفاق من مالها، ولكن لما علم =

وَأَوْلَادُ الِابْنِ إِذَا انْفَرَدُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ(١)، فَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ حَجَبَ أَوْلَادَ الِابْنِ(٢)، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتٌ فَلَهَا النِّصْفُ وَالبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوِ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ(٣)، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُنْثَى أَوْ إِنَاثٌ فَلَهَا أَوْ لَهُنَّ السُّدُسُ(٤).

وَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِدًا أَخَذَتَا الثُّلُثَيْنِ(٥) وَالبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوِ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ(٦)، وَلَا شَيْءَ لِلإِنَاثِ الخُلَّصِ(٧) إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ(٨).

= الله سبحانه وتعالى احتياجها إلى النفقة، وأن الرغبة تقل فيها إذا لم يكن لها مال جعل لها حظًا من الإرث، وأبطل حرمان الجاهلية لها.

(١) إجماعًا كما في التحفة ٦/ ٤٠٢، والنهاية ٦/ ١٨، لتنزيلهم منزلتهم.

(٢) إجماعًا كذلك لقربهم ولقاعدة: كل من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة.

(٣) قياسًا على أولاد الصلب.

(٤) أما الواحدة فلقضاء رسول الله ﷺ كما تقدم ذكره ص ٣٢٨ من رواية ابن مسعود رضي الله عنه، وأما الزائدة على الواحدة فلأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين فأخذت البنت النصف، وأخذ الباقي من بنات الابن تكملة الثلثين، وفضلت البنت بالنصف كما في الآية الكريمة: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النساء: ١١]، لقربها عنهن.

(٥) لقوله سبحانه: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١].

(٦) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» وقد تقدم، والإخوة الذكور يعصبون أخواتهم.

(٧) إجماعًا كما في المصدرين السابقين، لاستيفاء الثلثين.

(٨) لتعذّر إسقاطه، لكونه عصبة ذكرًا، وهذا هو الأخ المبارك.

وَأَوْلَادُ ابْنِ الِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الِابْنِ كَأَوْلَادِ الِابْنِ مَعْ أَوْلَادِ الصُّلْبِ[(١)] وَكَذَا سَائِرُ المَنَازِلِ[(٢)]، وَإِنَّمَا يُعَصِّبُ الذَّكَرُ النَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ[(٣)] وَيُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثَيْنِ[(٤)].

فَصْلٌ

الأَبُ يَرِثُ بِفَرْضٍ إِذَا كَانَ مَعَهُ ابْنٌ أَوِ ٱبْنُ ابْنٍ[(٥)]، وَبِتَعْصِيبٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ[(٦)]، وَبِهِمَا إِذَا كَانَ بِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ لَهُ السُّدُسُ فَرْضًا[(٧)] وَالْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِمَا بِالْعُصُوبَةِ[(٨)]، وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ فِي

---

(١) في جميع ما مر لأنهم ينزلون منزلتهم.

(٢) لأن كل درجة تكون أقرب أو أقوى ممن تحتها فتحجبها، كأولاد ابن ابن الابن مع أولاد ابن الابن.

(٣) كأخته وبنت عمه، فيأخذ مثليها، سواء استغرق الثلثان أم لا.

(٤) فإن كان لها شيء منهما لم يعصبها كما في بنت، وبنت ابن، وابن ابن ابن، لأن لها فرضًا استغنت به عن تعصيبه، ولا يقال: تأخذ السدس ويعصبها بالباقي؛ لأن الجمع بين فرض وتعصيب من جهة واحدة من خصائص الأب والجد.

(٥) وفرضه هنا السدس، لقوله سبحانه: ﴿ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞ ﴾ [النساء: ١١]، ففرض له السدس مع الابن، وقيس عليه إذا كان مع ابن الابن؛ لأن ابن الابن كالابن في الحجب والتعصيب.

(٦) لقوله سبحانه: ﴿ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ ﴾ [النساء: ١١]، فأضاف المال إلى الأبوين، ثم قطع للأم منه الثلث، ولم يذكر حكم الباقي، فدل على أن جميعه للأب.

(٧) لقوله سبحانه: ﴿ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞ ﴾ [النساء: ١١]، والولد يشمل الذكر والأنثى.

(٨) للحديث السابق: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر».

الْحَالَيْنِ السَّابِقَيْنِ فِي الْفُرُوضِ[1] وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْ زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ[2].

---

(١) وقد مضى ذكرهما ص ٣٢٧، وأعيد ذكره هنا توطئة للمسألة الآتية.

(٢) أما تسميته ثلثًا فلموافقة لفظ الآية الكريمة ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، وإلاَّ فحقيقته ربع إذا كان الميت زوج، أو السدس إذا كان الميت زوجة.

وإنما أعطيت الأم ذلك في هاتين المسألتين خلافًا لظاهر الآية؛ لأنها لو أعطيت الثلث كاملاً للزم تفضيلها على الأب، والمعهود في الشريعة أن الرجل والمرأة إذا تساويا في الدرجة كان للمرأة نصف نصيب الرجل غالبًا، ولأن القاعدة في الإرث أن الأب أقوى في الإرث من الأم، بدليل أن له ضعف حظها إذا انفرد، فلو أخذت في زوج وأبوين الثلث الحقيقي، لانقلب الحكم إلى أن للأنثى مثل حظ الذكرين ولا نظير لذلك في اجتماع ذكر وأنثى يدليان بجهة واحدة ــ عدا الإخوة للأم ــ فخص عموم الآية بالقواعد، لأنها من القواطع.

وقد قضى بهذا عمر رضي الله عنه ولم يعرف له مخالف، حتى مات فأظهر ابن عباس رضي الله عنهما مخالفته تمسكًا بظاهر الآية.

كما أخرج البيهقي في الكبرى ٦/٢٢٨ من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: «كان عمر رضي الله عنه: إذا سلك بنا طريقًا وجدناه سهلاً، وإنه أتي في امرأة وأبوين، فجعل للمرأة الربع وللأم ثلث ما بقي».

وأخرج عن عكرمة قال: أرسلني ابن عباس إلى زيد بن ثابت أسأله عن زوج وأبوين فقال زيد: للزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي، وللأب بقية المال، قال ابن عباس: للأم الثلث كاملاً، وفي لفظ قال له: أتجد في كتاب الله هذا؟ قال: لا ولكن أكره أن أفضل أمًّا على أب، وهاتان المسألتان هما المسميتان بالعمريتين، أو الغرَّاوتين.

وَالجَدُّ كَالأَبِ[1] إِلَّا أَنَّ الأَبَ يُسْقِطُ الإِخْوَةَ وَالأَخَوَاتِ، وَالجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ إِنْ كَانُوا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ[2]، وَالأَبُ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ[3] وَلَا يُسْقِطُهَا الجَدُّ[4].

وَالأَبُ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ يَرُدُّ الأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى ثُلُثِ البَاقِي وَلَا يَرُدُّهَا الجَدُّ[5]، وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ وَكَذَا الجَدَّاتُ[6].

---

(١) عند عدمه في جميع ما مر لأنه ينزل منزلته لحديث عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: «إن ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ فقال: «لك السدس»، فلما أدبر دعاه فقال: «لك سدس آخر»، فلما أدبر دعاه فقال: «إن السدس الآخر طعمة»، يعني: تعصيبًا.
أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجد برقم ٢٨٩٦، والترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجد برقم ٢٠٩٩، وقال: حسن صحيح.

(٢) لأنهم يدلون معه إلى الميت بجهة واحدة وهي الأبوة، وسيأتي بيانهم.

(٣) لأنها تدلي به، وكل من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة، إلا ولد الأم.

(٤) لأنها لم تدل به، بل هي زوجته.

(٥) كما تقدم آنفًا في مسألة الغَرَّاوين؛ فتأخذ معه الثلث كاملاً؛ لأن الجد لا يساويها في الدرجة فلا يلزم تفضيلها عليه، بخلاف الأب كما تقدم.

(٦) لحديث بريدة السابق أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس والمراد بالجدة جنس الجدات لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: «إن من قضاء رسول الله ﷺ للجدتين من الميراث السدس بينهما بالسوية». أخرجه الحاكم في الفرائض من المستدرك ٤/ ٣٤٠، وصححه على شرط الشيخين وأقره الذهبي. ولحديث قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت جدة إلى أبي بكر تسأل ميراثها فقال: ما لك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنّة رسول الله ﷺ شيئًا، ارجعي حتى أسأل =

وَتَرِثُ مِنْهُنَّ أُمُّ الأُمِّ وَأُمَّهَاتُهَا المُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ خُلَّصٍ، وَأُمُّ الأَبِ وَأُمَّهَاتُهَا كَذَلِكَ وَكَذَا أُمُّ أَبِي الأَبِ وَأُمُّ الأَجْدَادِ فَوْقَهُ وَأُمَّهَاتُهُنَّ عَلَى المَشْهُورِ[1]، وَضَابِطُهُ: كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِمَحْضِ إِنَاثٍ أَوْ ذُكُورٍ أَوْ إِنَاثٍ إِلَى ذُكُورٍ تَرِثُ، وَمَنْ أَدْلَتْ بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ فَلاَ[2].

فَصْلٌ

الإِخْوَةُ وَالأَخَوَات لأَبَوَيْنِ إِنِ انْفَرَدُوا وَرِثُوا كَأَوْلاَدِ الصُّلْبِ[3]، وَكَذَا إِنْ كَانُوا لأَبٍ[4] إِلاَّ فِي الْمُشَرَّكَةِ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَوَلَدَا أُمٍّ وَأَخٌ لأَبَوَيْنِ، فَيُشَارِكُ الأَخُ وَلَدَيِّ الأُمِّ فِي

= الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس، فقال: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة، فأنفذ لها أبو بكر السدس، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها، فقال: ما لك في كتاب الله من شيء، وما كان القضاء الذي قضي به إلاَّ لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئًا ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها». أخرجه مالك في الموطأ ١/ ٣٣٥، وأبو داود في الفرائض برقم ٢٨٩٤، والترمذي برقم ٢١٠٢ وقال: حسن صحيح.

(١) لأنهن يدلين بوارث فيرثن كأم الأب، وخرج بذلك من تدلي بغير وارث كأم أبي الأم، فإنها لا ترث وضابطها: كل جدة أدلت بذكر بين أنثيين.

(٢) كما لا يرث الذكر، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه كما في التحفة ٦/ ٤٠٥، والنهاية ٦/ ٢١.

(٣) لأنهم عصبة، وأقرب الناس إلى الميت الذي لم يترك ولدًا، وفي الحديث: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»، وقد تقدم.

(٤) إذا انتفى الإخوة الأشقاء لما ذكر.

الثُّلُثِ[1]، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الأَخِ أَخٌ لأَبٍ سَقَطَ[2].

وَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ فَكاجْتِمَاعِ أَوْلَادِ صُلْبٍ وَأَوْلَادِ ابْنِهِ[3] إِلَّا أَنَّ بَنَاتِ الِابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ، وَالأُخْتُ لَا يُعَصِّبُهَا إِلَّا أَخُوهَا[4].

وَلِلْوَاحِدِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوْ الأَخَوَاتِ لأُمٍّ السُّدُسُ[5]، وَلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا

---

(١) لخبر مسعود بن الحكم الثقفي قال: «أُتِيَ عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة تركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها، فشرّك بين الإخوة للأم وبين الإخوة للأم والأب بالثلث، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهما عام كذا وكذا، قال: فتلك على ما قضينا يومئذٍ، وهذه على ما قضينا اليوم».
أخرجه الدارقطني في السنن ٤/٨٨، وعبد الرزاق في المصنف ١٠/٢٤٩، قال البغوي في شرح السنَّة ٨/٣٣٧: وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود وزيد... قال وبه قال مالك والشافعي، ونقل عن عمر قوله: لم يزدهم الأب إلاَّ قربًا.

(٢) بالإجماع كما في التحفة ٦/٤٠٦، والنهاية ٦/٢١ لفقد قرابة الأم، ويسمى الأخ المشؤوم لأنه يعصب أخته وكانت صاحبة فرض فسقطت لاستغراق أصحاب الفروض ولولاه لعالت وأخذت النصف أو أخذت مع غيرها الثلثين.

(٣) بالتفصيل السابق حيث يكون الإخوة الأشقاء كأولاد الصلب، والأولاد لأب كأولاد الابن؛ فإن كان في الإخوة الأشقاء ذكر حجب الإخوة لأب إجماعًا، وإن كان أنثى فلها النصف والباقي لأولاد الأب الذكور، أو الذكور والإناث، فإن لم يكن إلاَّ إناث فلها أو لهن السدس تكملة الثلثين، وإن كان للميت شقيقتان فأكثر فلهما أو لهن الثلثان والباقي للإخوة للأب الذكور أو الذكور والإناث، ولا شيء للإناث الخلص معهن لاستغراق الثلثين، ولسن عصبات فيرد على الشقيقات إن لم يوجد عاصب.

(٤) فلا يعصبها من هو دون درجتها، كابن الأخ، لأنه لا يعصب أخته، فعمته أولى بخلاف ابن الابن فإنه يعصب عمته وإن سفل، فأخته أولى.

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ =

الثُّلُثُ سَوَاءٌ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ[1].

وَالأَخَوَاتُ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الابْنِ عَصَبَةٌ كَالإِخْوَةِ[2]، فَتُسْقِطُ أُخْتٌ لأَبَوَيْنِ مَعَ الْبِنْتِ الأَخَوَاتِ لأَبٍ[3].

وَبَنُو الإِخْوَةِ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ كُلٌّ مِنْهُمْ كَأَبِيهِ اجْتِمَاعًا وَانْفِرَادًا[4] لَكِنْ يُخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لاَ يَرُدُّونَ الأُمَّ [1] إِلَى السُّدُسِ[5] وَلاَ يَرِثُونَ مَعَ

....

(1) خ ط: من الثلث إلى السدس.

= ﴿مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ٧٤]، والمراد بالإخوة؛ الإخوة للأم لقراءة ابن مسعود وغيره: من أم. كما تقدم.

(١) لأنهم يشتركون في الرحم، فاستووا كالأبوين مع الولد فإنهما يشتركان في الثلث. وهذا بالإجماع كما في التحفة ٦/ ٤٠٧، والنهاية ٦/ ٢٢.

(٢) لحديث ابن مسعود السابق وقد سئل عن بنت وبنت ابن وأخت فقال: لأقضين فيها بما قضى رسول الله ﷺ: «للابنة النصف، ولابنة الابن السدس، وما بقي فللأخت». كما أخرجه البخاري وتقدم ذكره، وحكيا في المرجعين السابقين الإجماع عليه، ولأنه إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات الابن الثلثين، فلو أخذت الأخوات بالفرض لعالت المسألة، ونقص نصيب البنات أو بنات الابن، فاستبعدوا أن تزاحم الأخوات الأولاد، وأولاد الابن ولم يمكن إسقاطهن، فجعلن عصبات ليدخل النقص عليهن خاصة.

(٣) كما يسقطهم الأخ الشقيق.

(٤) لأنهم ينزلون منزلتهم، فيستغرق الواحد أو الجمع منهم المال عند الانفراد، ويأخذ ما فضل عن الفروض.

(٥) لأن الله تعالى أعطاها الثلث إذا لم يكن إخوة، وبنو الإخوة لا يسمون إخوة حتى يحجبوها من الثلث إلى السدس.

الجَدِّ(١) وَلاَ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ(٢) وَيَسْقُطُونَ فِي المُشَرَّكَةِ(٣).

وَالْعَمُّ لأَبَوَيْنِ وَلأَبٍ كَأَخٍ مِنَ الْجِهَتَيْنِ اجْتِمَاعًا وَانْفِرَادًا(٤)، وَكَذَا قِيَاسُ بَنِي الْعَمِّ وَسَائِرِ عَصَبَةِ النَّسَبِ(٥).

وَالْعَصَبَةُ مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ المُجْمَعِ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ، فَيَرِثُ المَالَ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفُرُوضِ(٦).

فَصْلٌ

مَنْ لاَ عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتِقٌ فَمَالُهُ أَوِ الْفَاضِلُ عَنِ الْفُرُوضِ لَهُ، رَجُلاً كَانَ أَو امْرَأَةً(٧)، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِعَصَبَتِهِ بِنَسَبٍ المُتَعَصِّبِينَ بِأَنْفُسِهِمْ(٨) لاَ لِبِنْتِهِ وَأُخْتِهِ(٩)، وَتَرْتِيبُهُمْ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي

---

(١) إجماعًا كما في التحفة ٦/٤٠٨ لأنه كالأخ بدليل تقاسمهما إذا انفردا، والأخ يسقطهم.

(٢) لأنهن من ذوي الأرحام، وتراخي قدمهم مع ضعف الأنوثة.

(٣) لأن مأخذ التشريك قرابة الأم، وهي مفقودة في ابن الأخ.

(٤) فيأخذ الواحد منهم فأكثر جميع المال، أو ما بقي منه، ويسقط العم الشقيق العم للأب، والعم لأب يسقط ابن الأخ الشقيق.

(٥) كبني بني العم، وبني بني الإخوة وهكذا... فكل ابن منهم كأبيه.

(٦) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»، وقد تقدم تخريجه ص ٣٢١.

(٧) لأن ولاءه له لحديث عائشة رضي الله عنها في قصة شراء بريرة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: «إنما الولاء لمن أعتق». أخرجه البخاري في الهبة، باب قبول الهدية برقم ٢٥٧٨، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ١٥٠٤.

(٨) لأن العتيق لو كان رقيقًا لاستحقوه، فكذا ميراثه.

(٩) لأن الولاء أضعف من النسب المتراخي، وإذا تراخى النسب لم ترث الأنثى كبنت الأخ والعم، بخلاف أخويهما.

النَّسَبِ[١] لَكِن الأَظْهَرُ أَنَّ أَخَا المُعْتِقِ وَابْنَ أَخِيهِ يُقَدَّمَانِ عَلَى جَدِّهِ[٢]، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ فَلِمُعْتِقِ المُعْتِقِ[٣] ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَذَلِكَ[٤]، وَلاَ تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلاَءٍ[٥] إِلاَّ مُعْتَقَهَا[٦] أَوْ مُنْتَمِيًا إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلاَءٍ[٧].

فَصْلٌ

(1)اجْتَمَعَ جَدٌّ وَإِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ فَلَهُ الأَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِ المَالِ وَمُقَاسَمَتِهِمْ كَأَخٍ[٨]، فَإِنْ أَخَذَ الثُّلُثَ

. . . .

(1) خ المغني والسراج: إذا.

---

(١) فيقدم ابن المعتق ثم ابن ابنه وإن سفل، الأقرب فالأقرب، فالأب فالجد وإن علا، فبقية الحواشي.

(٢) جريًا على القياس، من أن البنوَّة أقوى من الأبوّة، وإنما خالف في النسب لإجماع الصحابة رضي الله عنهم كما في مغني المحتاج ٤/ ٣١ على أن الأخ لا يسقط الجد، ولا إجماعَ في الولاء فصرنا إلى القياس.

(٣) لأن ولاءه له وهو وارثه عند عدم الوارث من صاحب فرض أو تعصيب.

(٤) أي على الترتيب السابق في المعتق.

(٥) لأن عصبتها بالغير أو مع الغير، والإرث بالولاء إنما يكون للعصبة بالنفس.

(٦) لإطلاق الحديث السابق: «إنما الولاء لمن أعتق».

(٧) لأن النعمة على الأصل نعمة على فروعه.

(٨) لأنه اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب، أما وجه أخذه الثلث فلأنه مع الأم يأخذ مثليها، والإخوة لا ينقصونها عن السدس، فوجب أن لا ينقصوه عن ضعفه ولأن الإخوة لا ينقصون أولاد الأم عن الثلث، فبالأولى الجد لأنه يحجبهم، وأما المقاسمة فلأنه مستو معهم في الإدلاء بالأب، وإنما يأخذ الأكثر لأنه قد اجتمع فيه جهتا الفرض والتعصيب فأخذ بأكثرهما.

فالْبَاقِي لَهُمْ[١]، وَإِنْ كَانَ فَلَهُ الأَكْثَرُ مِنْ سُدُس التَّرِكَةِ وَثُلُثِ الْبَاقِي وَالمُقَاسَمَةِ[٢]، وَقَدْ لاَ يَبْقَى شَيْءٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ وَزَوْجٍ فَيُفْرَضُ لَهُ سُدُسٌ وَيُزَادُ فِي الْعَوْلِ[٣]، وَقَدْ يَبْقَى دُونَ سُدُس كَبِنْتَيْنِ وَزَوْج فَيُفْرَضُ لَهُ وَتُعَالُ[٤]، وَقَدْ يَبْقَى سُدُسٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ فَيَفُوزُ بِهِ الجَدُّ[٥]، وَتَسْقُطُ الإِخْوَةُ فِي هَذِهِ الأَحْوَالِ[٦].

وَلَوْ كَانَ مَعَ الجَدِّ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لأَبَوَيْنِ وَلأَبٍ فَحُكْمُ الجَدِّ مَا سَبَقَ[٧]، وَيُعَدُّ أَوْلاَدُ الأَبَوَيْنِ عَلَيْهِ أَوْلاَدَ الأَبِ فِي الْقِسْمَةِ، فَإِذَا أَخَذَ حِصَّتَهُ، فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلاَدِ الأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ فَالْبَاقِي لَهُمْ وَسَقَطَ أَوْلاَدُ

---

(١) للذكر مثل حظ الأنثيين كأن لم يكن معهم جد.

(٢) أما السدس فلأن الأولاد لا ينقصونه عنه فالإخوة أولى، وأما ثلث الباقي فلأنه لو لم يكن معه صاحب فرض لأخذ جميع ثلث المال، فإذا خرج قدر الفرض مستحقًا أخذ ثلث الباقي، وكأن الفرض تلف من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال، وأما المقاسمة فلما سبق من تنزيله منزلة أخ.

(٣) لأنها من اثني عشر وعالت إلى ثلاثة عشر فيزاد في العول إلى خمسة عشر.

(٤) لأنها من اثني عشر، فيفضل واحد بعد أخذ أصحاب الفروض، فيزاد عليه آخر، فتعال إلى ثلاثة عشر.

(٥) لأنها من ستة فتأخذ الأم السدس، والبنتين الثلثين، ويبقى واحد فيفوز به الجد وتسقط الإخوة والأخوات.

(٦) لأنهم عصبة ولم يبق بعد استغراق الفروض شيء.

(٧) من خير الأمرين حيث لا صاحب فرض، وخير الأمور الثلاثة ــ المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال ــ مع صاحب الفرض، كما لو لم يكن معه إلاّ أحد الصنفين المذكورين أول الفصل.

الأَبِ[١]، وَإِلاَّ فَتَأْخُذُ الْوَاحِدَةُ إِلَى النِّصْفِ وَالثِّنْتَانِ فَصَاعِدًا إِلَى الثُّلُثَيْنِ[٢]، وَلاَ يَفْضُلُ عَنِ الثُّلُثَيْنِ شَيْءٌ[٣] وَقَدْ يَفْضُلُ عَنِ النِّصْفِ فَيَكُونُ لِأَوْلَادِ الأَبِ[٤].

وَالجَدُّ مَعَ أَخَوَاتٍ كَأَخٍ فَلاَ (1) يُفْرَضُ لَهُنَّ مَعَهُ[٥] إلاَّ فِي الأَكْدَرِيَّةِ[٦] وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتٌ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَب، فَلِلزَّوْجِ نِصْفٌ وَلِلأُمِّ ثُلُثٌ وَلِلْجَدِّ سُدُسٌ وَلِلأُخْتِ نِصْف، فَتَعُولُ ثُمَّ يَقْتَسِمُ الجَدُّ وَالأُخْتُ نَصِيبَيْهِمَا أَثْلاَثًا لَهُ الثُّلُثَانِ[٧].

....

(1) خ أ: ولا.

---

(١) لأن الجد إذا حجب بأخوين وارثين جاز أن يحجب بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث، قياسًا على الأم حيث تحجب بأخوين أحدهما لأب، والآخر لأب وأم، فالإخوة الأشقاء يقولون للجد هنا: كلانا إليك سواء، فنزاحمك بإخوتنا ونأخذ حصتهم، كما أن الإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس والأب يحجبهم، ويأخذ ما نقصوا من الأم.

(٢) وعدم زيادة الواحدة إلى النصف والثنتين إلى الثلثين يدل على أن ذلك تعصيب، إذ لو لم يكن كذلك لزيد وأعيل، وظاهر أن هذا تعصيب بالغير وإن لم يأخذ مثليها، لأنه لعارض وهو اختلاف جهة الجدودة والأخوة.

(٣) لأن الجد لا يأخذ هنا أقل من الثلث.

(٤) عصبة كما في جد وأخت لأبوين، وأخ وأختين لأب، فللجد الثلث، وللأخت للأبوين النصف، والباقي لأولاد الأب، وهو واحد من ستة على أربعة، فتضرب فيها الستة فتصح المسألة من أربعة وعشرين.

(٥) قياسًا على عدم فرض لهن مع الإخوة، ولا تعال المسألة بسببهن.

(٦) وسميت بذلك؛ إما نسبة للسائل، أو المسؤول عنه، أو لأنها كدرت على زيد مذهبه؛ لأنه لا يفرض للأخوات مع الجد ولا يعيل، وقد فرض فيها وأعال، وقيل غير ذلك.

(٧) وإنما قسم الثلث بينهما لأنه لا سبيل إلى تفضيلها على الجد كما في سائر صور =

فَصْلٌ

لَا يَتَوَارَثُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ[1]، وَلَا يَرِثُ مُرْتَدٌّ وَلَا يُورَثُ[2]،

= الجد والإخوة، ففرض لها بالرحم، وقسم بينهما بالتعصيب رعاية للجانبين وإنما أعطي لها النصف ابتداءً عملاً بظاهر الكتاب والسنَّة حيث قال سبحانه: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، ثم رجعت إلى المقاسمة عملاً بالاجتهاد، وهو قول عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت كما في المصنف لعبد الرزاق ١٠/ ٢٧١، والسنن الكبرى ٦/ ٢٥١، ولما تقدم ص ٣٣٥ عن اجتماع الذكر والأنثى.

(١) لحديث أسامة بن زيد رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم». أخرجه البخاري في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر. . . برقم ٦٧٦٤، ومسلم في الحج، باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها برقم (١٣٥١).

ولانقطاع الموالاة بينهما، فإن الكافر قد قطع ما بينه وبين الله، فانقطع ما بينه وبين أولياء الله وهم المؤمنون لقوله سبحانه: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَأَنَّ ٱلْكَـٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد: ١١]، ولأن الكفر أباح دمه للمسلمين، والمال تبع للنفس، فكما أبيح دمه لجميع المسلمين فكذلك ماله لبيت مالهم، وليس بعضهم أولى به من بعض، لأنهم يد على من سواهم، كذا قال السهيلي في الفرائض وشرح آيات الوصية ص ١٣٩، وقد انعقد الإجماع على عدم التوارث بين المسلم والكافر كما في التحفة ٦/ ٤١٥، والنهاية ٦/ ٢٧.

ولحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبـي ﷺ قال: «لا يرث المسلم النصراني إلَّا أن يكون عبده أو أمته». أخرجه النسائي في الكبرى، كما في تحفة الأشراف ٢/ ٣٣٠، والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٤٥، وصححه ووافقه الذهبـي، والدارقطني في السنن ٤/ ٧٤، والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢١٨، واختلف في رفعه ووقفه.

(٢) لأن ما خلفه فيء، سواء اكتسبه في الإسلام أم في الردة، ولأنه لا مناصرة بينه وبين أحد لإهداره.

وَيَرِثُ الْكَافِرُ الْكَافِرَ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا[1]، لَكِنِ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا تَوَارُثَ بَيْنَ حَرْبِـيٍّ وَذِمِّيٍّ[2].

وَلَا يَرِثُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ[3]، وَالْجَدِيدُ أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يُورَثُ[4].

وَلَا قَاتِلٌ[5]، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُضْمَنْ وَرِثَ[6].

وَلَوْ مَاتَ مُتَوَارِثَانِ بِغَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ فِي غُرْبَةٍ مَعًا أَوْ جُهِلَ أَسْبَقُهُمَا

---

(١) لأن الكفر ملة واحدة وقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، فجميع الملل في البطلان كالملّة الواحدة كما قال سبحانه: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ﴾ [يونس: ٩].

(٢) لانقطاع الموالاة بينهما، والمعاهدُ والمستأمنُ كالذمّي.

(٣) لأنه لو ورث لكان الملك للسيد وهو أجنبـي من الميت، ولمفهوم قوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ...﴾ الآية [النساء: ١١]، فإن اللام فيه للملك، والرقيق لا يملك، وسواء كان قنًا خالصًا، أو مدبرًا أو مكاتبًا.

(٤) لأنه تام الملك عليه كالحر.

(٥) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن النبـي ﷺ قال: «ليس للقاتل من الميراث شيء». أخرجه النسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٦/ ٣٤١، والدارقطني في السنن ٤/ ٩٦، والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٢٠، وفي إسناده ضعف ولكن له شواهد يتقوى بها كما في إرواء الغليل ٦/ ١١٥ ـ ١١٩.
ولأنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بالقتل، فاقتضت المصلحة حرمانه، ولأن القتل قطع الموالاة وهي سبب الإرث، وسواء كان القتل عمدًا أم غيره، مضمونًا أم لا، بمباشرة أم لا...

(٦) لأنه حينئذٍ قتل بحق، ورد بأن المعنى إذا لم ينضبط أنيط الحكم بوصف أعم منه مشتمل عليه منضبط غالبًا كالمشقة في السفر، وهو قصد الاستعجال.

لَمْ يَتَوَارَثَا[1] وَمَالُ كُلٍّ لِبَاقِي وَرَثَتِهِ[2].

وَمَنْ أُسِرَ أَوْ فُقِدَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ تُرِكَ مَالُهُ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ أَوْ تَمْضِيَ مُدَّةٌ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لاَ يَعِيشُ فَوْقَهَا فَيَجْتَهِدُ الْقَاضِي وَيَحْكُمُ بِمَوْتِهِ[3]، ثُمَّ يُعْطِي مَالَهُ مَنْ يَرِثُهُ وَقْتَ الحُكْمِ[4].

وَلَوْ مَاتَ مَنْ يَرِثُهُ المَفْقُودُ وَقَفْنَا حِصَّتَهُ وَعَمِلْنَا فِي الحَاضِرِينَ بِالأَسْوَءِ[5].

---

(١) لإجماع الصحابة عليه كما في النهاية ٦/ ٢٩، والتحفة ٦/ ٤٢٠ فإنهم لم يجعلوا التوارث بين من قتل يوم الجمل وصِفِّين والحَرَّة، إلاَّ فيمن علموا تأخر موته فقد أخرج عبد الرزاق في المصنف ١٠/ ٢٩٨ عن الزهري قوله: «مضت السنة بأن يرث كلَّ ميت وارثه الحيُّ، ولا يرث الموتى بعضهم بعضًا». وأخرج عن زيد بن ثابت أنه ورث الأحياء من الأموات، ولم يورث الموتى بعضهم من بعض وكان ذلك يوم الحرة، وأخرج عن يحيى بن سعيد أن أهل الحرة وأصحاب الجمل لم يتوارثوا.
وذلك لأن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، وهو هنا منتف، فلو ورثنا أحدهما كان تحكمًا، أو كلاً من الآخر تيقنا الخطأ.

(٢) لتحقق استحقاق الإرث فيهم.

(٣) لأن الأصل بقاء الحياة، فلا يورث إلاَّ بيقين أو ما نُزِّل منزلته، ومنه الحكم لأنه إن استند إلى المدة فواضح، أو إلى العلم وإن لم تمض مدة فهو منزل منزلة البينة المنزلة منزلة اليقين. وقد اختلف في تقدير المدة فقيل: سبعين، وقيل: ثمانين، وقيل: تسعين، وقيل: بموت أقرانه.

(٤) لأن ذلك هو فائدة الحكم، فمن مات قبله ولو بلحظة لم يرث منه شيئًا.

(٥) أخذًا بالأحوط، فمن يسقط بالمفقود لا يعطى شيئًا حتى يتبين حاله، ومن ينقص منهم حقه بحياته قدر فيها حياته، أو موته قدر فيه موته، ومن لا يختلف نصيبه بهما أعطيه.

وَلَوْ خَلَّفَ حَمْلاً يَرِثُ أَوْ قَدْ يَرِثُ عُمِلَ بِالأَحْوَطِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ(١)، فَإِنِ انْفَصَلَ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَرِثَ(٢)، وَإِلاَّ(٣) فَلاَ(٤).

بَيَانُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِوَى الحَمْلِ أَوْ كَانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ وُقِفَ المَالُ(٥)، وَإِنْ كَانَ مَنْ لاَ يَحْجُبُهُ وَلَهُ مُقَدَّرٌ أُعْطِيَهُ عَائِلاً إِنْ أَمْكَنَ عَوْلٌ كَزَوْجَةٍ حَامِلٍ وَأَبَوَيْنِ لَهَا ثُمُنٌ وَلَهُمَا سُدُسَانِ عَائِلاَتٌ(٦)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلاَدٍ لَمْ يُعْطَوْا(٧)، وَقِيلَ: أَكْثَرُ الحَمْلِ أَرْبَعَةٌ فَيُعْطَوْنَ الْيَقِينَ(٨).

وَالخُنْثَى المُشْكِلُ إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ إِرْثُهُ كَوَلَدِ أُمٍّ وَمُعْتِقٍ فَذَاكَ(٩)، وَإِلاَّ

---

(١) رعاية للحقين.

(٢) لثبوت نسبه وتحقق إرثه، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا استهل المولود ورث». أخرجه أبو داود في الفرائض، باب في المولود، يستهل ثم يموت برقم ٢٩٢٠.

(٣) بأن انفصل ميتًا، أو حيًا لوقت لا يعلم وجوده عند الموت، أو حيا حياة غير مستقرة.

(٤) لأنا لا نعلم أنه كان وارثًا عند موت مورثه، وإن تحرك حركة مذبوح لم يرث لأنه لم يعرف حياته.

(٥) إلى انفصاله، احتياطًا.

(٦) لاحتمال أن المسألة بنتان فتعول المسألة من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين.

(٧) لأن الحمل لا يتقدر بعدد، لعدم انضباطه، لأنه وجد منه في بطن خمسة، وسبعة واثنا عشر وأكثر وأقل.

(٨) بأن يوقف ميراث أربعة ويقسم الباقي.

(٩) أي ظاهر أنه يعطى نصيبه.

فَيُعْمَلُ بَالْيَقِينِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ وَيُوقَفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ[١].

وَمَنِ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَتَعْصِيبٍ كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتِقٌ أَوِ ابْنِ عَمٍّ وَرِثَ بِهِمَا[٢]. قُلْتُ: فَلَوْ وُجِدَ فِي نِكَاحِ الْمَجُوسِ أَوِ الشُّبْهَةِ بُنْتٌ هِيَ أُخْتٌ وَرِثَتْ بِالْبُنُوَّةِ[٣]، وَقِيلَ: بِهِمَا[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوِ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي جِهَةِ عُصُوبَةٍ وَزَادَ أَحَدُهُمَا بِقَرَابَةٍ أُخْرَى كَابْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لأُمٍّ فَلَهُ السُّدُسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا[٥]، فَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا سَوَاءٌ[٦]، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِهِ الأَخُ[٧].

وَمَنِ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرضٍ وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا فَقَطْ[٨]، وَالْقُوَّةُ بِأَنْ

---

(١) ولو بقوله وإن اتهم؛ لأن ذلك هو غاية ما يقدر عليه، وعنده يعطى كل ذي حق حقه، له أو لغيره.

(٢) لأنه ورث بسببين مختلفين فيرث النصف بالزوجية، والباقي بالولاء أو بنوة العم، كما لو كانت القرابتان في شخصين.

(٣) لأنهما قرابتان يورث بكل منهما بالفرض عند الانفراد، فبأقواهما عند الاجتماع قياسًا على الأخت لأبوين، فإنها لا ترث النصف بأخوَّة الأب، والسدس بأخوة الأم، بل ترث النصف فقط.

(٤) قياسًا على ابني عم أحدهما أخ لأم كما سيأتي في المسألة التالية حيث يأخذ بأخوة الأم وبنوَّة العمّ، ورد بأن وجود ابن عم فقط معه ثَمَّ أوجب له تميزًا عليه، فوجب العمل بقضيته، وهنا لا موجب للتمييز لاتحاد الآخر.

(٥) بالعصوبة.

(٦) لأن أخوة الأم تسقط بالبنت.

(٧) ترجيحًا بقرابة الأم، فإن أخوته للأم لما حجبت تمحضت للترجيح.

ورد بأنه استحق الفرض بقرابة الأم فلا يقدم به في التعصيب كابني عم أحدهما زوج.

(٨) ولا يكون ذلك إلاَّ في نكاح المجوس حيث يستبيحون نكاح المحارم، أو وطء الشبهة.

تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى[١] أَوْ لَا تَحْجُبَ، أَوْ تكُونَ أَقَلَّ حَجْبًا.

فَالأَوَّلُ: كَبِنْتٍ هِيَ أُخْتٌ لأُمٍّ بِأَنْ يَطَأَ مَجُوسِيٌّ أَوْ مُسْلِمٌ بِشُبْهَةٍ أُمَّهُ فَتَلِدُ بِنْتًا[٢].

وَالثَّانِي: كأُمٍّ هِيَ أُخْتٌ لأَب بِأَنْ يَطَأَ بِنْتَهُ فَتَلِدُ بِنْتًا[٣].

وَالثَّالِثُ: كَأُمٍّ أُمٍّ هِيَ أُخْتٌ بِأَنْ يَطَأَ هَذِهِ الْبِنْتَ الثَّانِيَةَ فَتَلِدُ وَلَدًا فَالأُولَى أُمُّ أُمِّهِ وَأُخْتُهُ[٤].

فَصْلٌ

إِنْ كَانَتِ الْوَرَثَةُ عَصَبَاتٍ قُسِّمَ المَالُ بِالسَّوِيَةِ إِنْ تَمَحَّضُوا ذُكُورًا[٥] أَوْ إِنَاثًا (1) [٦]، وَإِنِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أُنْثَيَيْنِ[٧]، وَعَدَدُ رُؤُوسِ المَقْسُومِ عَلَيْهِمْ أَصْلُ المَسْأَلَةِ[٨].

. . . .

(1) خ أ: إناثًا أو ذكورًا.

---

(١) حجب حرمان أو حجب نقصان.

(٢) فترث هذه البنت من أبيها بالبنتية لا بالأختية؛ لأن أخوة الأم ساقطة بالبنتية.

(٣) ثم تموت، فترث بالأمومة، لا بالأختية، لانتفاء تصوّر حجبها حرمانًا بخلاف الأخت.

(٤) فترث بالجدودة لأنها أقل حجبًا، إذ لا يحجبها إلاّ الأم، والأخت تحجب بجماعة ولا يرثون بالزوجية قطعًا لبطلانها.

(٥) كبنِينَ أو إخوة.

(٦) كثلاث نسوة أعتقن بالسوية، ولا يتصور في غيرهن.

(٧) لقوله سبحانه: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

(٨) أي يسمى بذلك.

وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ أَوْ ذَوَا (1) فَرْضَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ مَخْرَجِ ذَلِكَ الْكَسْرِ(١)، فَمَخْرَجُ النِّصْفِ اثْنَانِ، وَالثُّلُثِ ثَلاَثَةٌ، وَالرُّبُعِ أَرْبَعَةٌ، وَالسُّدُسِ سِتَّةٌ، وَالثُّمُنِ ثَمَانِيَةٌ(٢).

وَإِنْ كَانَ فَرْضَانِ مُخْتَلِفَا المَخْرَجِ، فَإِنْ تَدَاخَلَ مَخْرَجَاهُمَا فَأَصْلُ المَسْأَلَةِ أَكْثَرُهُمَا كَسُدُسٍ وَثُلُثٍ(٣)، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الآخَرِ، وَالْحَاصِلُ أَصْلُ المَسْأَلَةِ كَسُدُسٍ وَثُمُنٍ، فَالأَصْلُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ(٤)، وَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ كُلٌّ فِي كُلٍّ، وَالْحَاصِلُ الأَصْلُ كَثُلُثٍ وَرُبُعٍ، فَالأَصْلُ اثْنَا عَشَرَ(٥).

فَالأُصُولُ سَبْعَةٌ: اثْنَانِ وَثَلاَثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ(٦)، وَالَّذِي يَعُولُ مِنْهَا السِّتَّةُ إِلَى سَبْعَةٍ كَزَوْجٍ

....

(1) خ س ب: ذو، بغير تثنية، وهو غلط.

---

(١) لأن الفروض الستة كسور مضافة لمعدود وهو التركة.

(٢) وكلها مشتقة من اسم العدد معنى ولفظًا إلاّ النصف فإنه من المناصفة لتناصف القسمين واستوائهما.

(٣) لأن أكثر الفرضين فيهما عددًا هو السدس، والثلث يدخل فيه، وذلك كما لو مات الميت عن أم وأخ لأم وعم فللأم الثلث وللأخ لأم السدس والباقي للعم.

(٤) حاصلة من ضرب وفق أحدهما في كامل الآخر وهو ثلاثة في ثمانية، أو أربعة في ستة ينتج أربعة وعشرين. وذلك كما في أم وزوجة وابن فللأم السدس وللزوجة الثمن والباقي للابن.

(٥) حاصلة من ضرب ثلاثة في أربعة كما في أم وزوجة وشقيق.

(٦) لأن الفروض القرآنية لا يخرج حسابها عن هذه، وزاد متأخرو الأصحاب أصلين آخرين في مسائل الجد والإخوة حيث كان ثلث الباقي بعد الفروض خيرًا له وهما =

وَأُخْتَيْنِ[١]، وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ كَهُمْ وَأُمٍّ[٢]، وَإِلَى تِسْعَةٍ كَهُمْ وَأَخٍ لأُمٍّ [1] [٣]، وَإِلَى عَشَرَةٍ كَهُمْ وَآخَرَ لأُمٍّ[٤]، وَالاِثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ[٥]، وَإِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَأَخٍ لأُمٍّ[٦]، وَسَبْعَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَآخَرَ لأُمٍّ[٧]، وَالأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ كَبِنْتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ[٨].

....

(1) سقط: لأم، من س.

= ثمانية عشر في مثل جد وأم وخمسة إخوة لغير أم، لأن أقل عدد له سدس صحيح وثلث ما يبقى هو الثمانية عشر.

وستة وثلاثون كما في زوجة وأم وسبعة إخوة لغير أم، لأن أقل عدد له ربع وسدس صحيحان، وثلث ما يبقى هو الستة والثلاثون.

(١) لأن للزوج النصف، وللأختين الثلثين، ولا سبيل لأن ينقص أحد نصيبه لأن تلك فريضته التي فرضها الله كما تقدم، فاحتيج إلى عول في المسألة، ليدخل النقص على الجميع، وقد قضى بذلك سيدنا عمر رضي الله عنه بإشارة العباس وموافقة الصحابة رضي الله عنهم وذلك في مسألة زوج وأخت لأب وأم، وذلك قياسًا على مال المفلس إذا ضاق عن الغرماء فإنه يقسم الموجود على قدر ديونهم.

(٢) إذ يضاف السبعة المذكورة السدس للأم، وهو واحد من ثمانية.

(٣) حيث يضاف إلى الثمانية المذكورة السدس للأخ من الأم وهو واحد من تسعة.

(٤) حيث يكون للأخوين من الأم الثلث وهو اثنان من عشرة عائلاً.

(٥) فإن للزوجة الربع، والأم السدس والأختين الثلثين، والمسألة من اثني عشر فتعول إلى ثلاثة عشر.

(٦) حيث يضاف السدس وهو اثنان من اثني عشر فيكون المجموع خمسة عشر.

(٧) حيث يكون للأخوين من الأم الثلث وذلك أربعة من اثني عشر فيكون المجموع سبعة عشر عائلة.

(٨) إذ للبنتين الثلثان، وللأبوين لكل واحد منهما السدس، وللزوجة الثمن فالمسألة من =

وَإِذَا تَمَاثَلَ الْعَدَدَانِ فَذَاكَ[1]، وَإِنِ اخْتَلَفَا وَفَنِيَ الأَكْثَرُ بِالأَقَلِّ مَرَّتَيْنِ فَأَكْثَرَ فَمُتَدَاخِلاَنِ، كَثَلاَثَةٍ مَعَ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ[2]، وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلاَّ عَدَدٌ ثَالِثٌ فَمُتَوَافِقَانِ بِجُزْئِهِ، كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ بِالنِّصْفِ[3]، وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلاَّ وَاحِدٌ تَبَايَنَا كَثَلاَثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ[4]، وَالمُتَدَاخِلاَنِ مُتَوَافِقَانِ، وَلاَ عَكْسَ[5].

فَرْعٌ

إِذَا عَرَفْتَ أَصْلَهَا وَانْقَسَمَتِ السِّهَامُ عَلَيْهِمْ فَذَاكَ[6]، وَإِنِ انْكَسَرَتْ

= أربعة وعشرين لأن في المسألة سدسًا وثُمنًا، فضرب وفق أحدهما في كامل الآخر، ولكن ضاقت الأربعة والعشرون عن أصحاب الفروض فعالت إلى سبعة وعشرين، وتسمى هذه المسألة المنبرية.

(١) أي واضح إذ يكتفي بأحد المتماثلين.

(٢) لأن الستة تفنى بإسقاط الثلاثة مرتين، والتسعة ثلاث مرات فيقال: العددان متداخلان؛ لدخول الأقل في الأكثر حينئذٍ، وهو المراد من التفاعل، فيكتفي بالأكبر ويجعل أصل المسألة.

(٣) لأن الأربعة لا تفني الستة بل يبقى منها اثنان، يفنيان كليهما وهما عدد ثالث، فكان التوافق بجزئه وهو النصف.

(٤) لأن مفنيهما وهو الواحد من غير جنسهما وهو العدد، فيضرب أحدهما في كامل الآخر ويجعل الحاصل أصل المسألة.

(٥) لأن شرط التداخل أن لا يزيد الأقل على نصف الأكثر، والمراد بالتوافق هنا مطلقه الصادق بغير التباين.

(٦) أي ظاهر لا يحتاج إلى ضرب كزوج وثلاثة أبناء، فللزوج الربع وللأبناء الثلاثة الباقي.

عَلَى صِنْفٍ قُوبِلَتْ بِعَدَدِهِ[1]، فَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ عَدَدُهُ فِي المَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا إِنْ عَالَتْ[2]، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ عَدَدِهِ فِيهَا فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ[3].

وَإِنِ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنْفَيْنِ قُوبِلَتْ سِهَامُ كُلِّ صِنْفٍ بِعَدَدِهِ[4]، فَإِنْ تَوَافَقَا رُدَّ الصِّنْفُ إِلَى وَفْقِهِ، وَإِلَّا تُرِكَ.

ثُمَّ إِنْ تَمَاثَلَ عَدَدُ الرُّؤُوس ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، وَإِنْ تَدَاخَلَا ضُرِبَ أَكْثَرُهُمَا، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الآخَرِ، ثُمَّ الحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي الآخَرِ ثُمَّ الحَاصِلُ فِي المَسْأَلَةِ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ.

وَيُقَاسُ عَلَى هَذَا الانْكِسَارُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ وَأَرْبَعَةٍ، وَلَا يَزِيدُ

---

(١) أي رؤوس ذلك الصنف الذي انكسر عليه.

(٢) فما اجتمع صحت منه المسألة، وذلك بلا عول كزوج وأخوان لأب، هي من اثنين للزوج واحد، ويبقى واحد لا يصح قسمه على الأخوين، ولا موافقةَ، فيضرب عددها في أصل المسألة، تبلغ أربعة ومنها تصح.
ومثاله بعول: زوج وخمس أخوات لأب، فهي من ستة وتعول إلى سبعة وتصح بضرب خمسة في سبعة من خمسة وثلاثين.

(٣) وذلك بلا عول كأم وأربعة أعمام لأب، فهي من ثلاثة للأم واحد، ويبقى اثنان يوافقان عدد الأعمام بالنصف، فتضرب نصفه اثنين في ثلاثة فتبلغ ستة ومنها تصح، وبالعول: زوج وأبوان وست بنات، فهي من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر، وتصح من خمسة وأربعين.

(٤) أي الصنف المنكسر بعدده.

الكَسْر [1] عَلَى ذَلِكَ[(١)]، فَإِذَا [2] أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ صِنْفٍ مِنْ مَبْلَغِ المَسْأَلَةِ فَاضْرِبْ نَصِيبَهُ مِنْ أَصْلِ المَسْأَلَةِ فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِيهَا، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ نَصِيبُهُ ثُمَّ تَقْسِمُهُ عَلَى عَدَدِ الصِّنْفِ.

فَـرْعٌ

مَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَرِثِ الثَّانِيَ غَيْرُ الْبَاقِينَ وَكَانَ إِرْثُهُمْ مِنْهُ كَإِرْثِهِمْ مِنَ الأَوَّلِ جُعِلَ كَأَنَّ الثَّانِيَ لَمْ يَكُنْ وَقُسِّمَ بَيْنَ الْبَاقِينَ[(٢)] كَإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ أَوْ بَنِينَ وَبَنَاتٍ مَاتَ بَعْضُهُمْ عَنِ الْبَاقِينَ[(٣)]، وَإِنْ لَمْ يَنْحَصِرْ إِرْثُهُ فِي الْبَاقِينَ أَو انْحَصَرَ واخْتَلَفَ قَدْرُ الاِسْتِحْقَاقِ فَصَحِّحْ مَسْأَلَةَ الأَوَّل ثُمَّ مَسْأَلَة الثَّانِي.

ثُمَّ إِنِ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الأَوَّلِ عَلَى مَسْأَلَتِه فَذَاكَ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ ضُرِبَ وَفْقُ مَسْأَلَتِه فِي مَسْأَلَةِ الأَوَّلِ، وَإِلَّا كُلَّهَا فِيهَا فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الأُولَى أَخَذَهُ مَضْرُوبًا فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ أَخَذَهُ مَضْرُوبًا فِي نَصِيبِ الثَّانِي مِنَ الأُولَى، أَوْ فِي وَفْقِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفْقٌ.

* * *

(1) خ المغني والتحفة والسراج: الانكسار.

(2) خ ط: فإن.

---

(١) لأن الوارثين في الفريضة لا يزيدون على خمسة أصناف كما علم مما تقدم في اجتماع من يرث من الرجال والنساء، ودليل ذلك الاستقراء حيث لم يثبت غير ذلك.

(٢) لأن الباقين هم ورثته لا غير، ومن غير اختلاف في نسبة الاستحقاق، فيقدر كأنه لم يكن.

(٣) لأن المال صار إليهم بطريق واحد، فكأن الذين ماتوا بعد الأول لم يكونوا.

كتاب الوصايا(١)

تَصِحُّ وَصِيَّةُ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ(٢) وَإِنْ كَانَ كَافِرًا(٣)، وَكَذَا مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ(٤)، لَا مَجْنُونٍ وَمُغْمًى عَلَيْهِ وَصَبِيٍّ(٥). وَفِي

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، وقوله سبحانه: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]. وقد كانت واجبة في صدر الإسلام بهذه الآية، ثم نسخ وجوبها بآية المواريث وبقي ندبها.
وقوله ﷺ: «ما حق امرىءٍ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلاَّ ووصيَّته مكتوبة عنده». أخرجه البخاري في الوصايا، باب الوصايا برقم ٢٧٣٨، ومسلم في الوصية في فاتحته برقم ١ (١٦٢٧).

(٢) بالإجماع كما قاله الخطيب في المغني ٤/٦٧ لأنها تبرع فتصح من كل من يعتد بقوله.

(٣) كما تصح سائر عقوده.

(٤) لصحة عبارته، بدليل صحة إقراره بالعقوبات وإنفاذ طلاقه، ولاحتياجه للثواب في الدنيا، ونقل الخطيب في المغني ٤/٦٧ عن ابن عبد البر وأبي منصور وغيرهما الإجماع عليه.

(٥) لأنه لا عبارة لهم شرعًا، بخلاف السكران المتعدي بسكره فإن وصيته تنفذ لأنها من باب الغرم وهو مؤاخذ بها. كالطلاق ونحوه، كما سيأتي في بابه.

قَوْلٍ: تَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ[1]، وَلاَ رَقِيقٍ[2]، وَقِيلَ: إِنْ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ صَحَّتْ[3].

وَإِذَا أَوْصَى لِجِهَةٍ عَامَّةٍ فَالشَّرْطُ أَنْ لاَ تَكُونَ مَعْصِيَةً كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ[4]، أَوْ لِشَخْصٍ فَالْشَّرْطُ أَنْ يُتَصَوَّرَ لَهُ المِلْكُ[5]. فَتَصِحُّ لِحَمْلٍ[6] وَتَنْفُذُ إِنِ انْفَصَلَ حَيًّا وَعُلِمَ وُجُودُهُ عِنْدَهَا، بِأَنِ انْفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ[7]، فَإِنِ انْفَصَلَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ، وَالْمَرْأَةُ فِرَاشُ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ[8]، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا وَانْفَصَلَ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَكَذَلِكَ[9] أَوْ لِدُونِهِ اسْتَحَقَّ فِي الأَظْهَرِ[10].

(١) لأنها لا تزيل الملك حالاً، ورد بأنه لا نظر لذلك مع فساد عبارته.

(٢) لعدم ملكه وأهليته.

(٣) لأن عبارته صحيحة، وقد أمكن العمل بها، والصحيح المنع لعدم أهليته حينئذٍ.

(٤) لأن القصد من الوصية تدارك ما فات من الإحسان، فلا يجوز أن تكون معصية، أو مكروهًا لذاته، ومثل الكنيسة كتابة أو طباعة التوراة أو الإنجيل أو أحكام شريعتيهما، وكتب النجوم والفلسفة وسائر العلوم المحرمة.

(٥) لأن الوصية تمليك، وتمليك المعدوم ممتنع.

(٦) لأن الحمل يملك بالإرث، فكذلك الوصية.

(٧) لتحقق وجوده عند الوصية، إذ أقل الحمل ستة أشهر كما سيأتي ٣/ ٣١.

(٨) لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية، فلم تصح الوصية بالشك.

(٩) للعلم بحدوثه بعد الوصية.

(١٠) لأن الظاهر وجوده عند الوصية، ولذلك يثبت النّسب بهذه المدة.

وَإِنْ وَصَّى [1] لِعَبْدٍ فَاسْتَمَرَّ رِقُّهُ فَالْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ(١)، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي فَلَهُ(٢)، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ قَبِلَ بُنِيَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَ تُمْلَكُ(٣).

وَإِنْ وَصَّى [2] لِدَابَّةٍ وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا أَوْ أَطْلَقَ فَبَاطِلَةٌ(٤)، وَإِنْ قَالَ: لِيُصْرَفَ فِي عَلْفِهَا فَالمَنْقُولُ صِحَّتُهَا(٥).

وَتَصِحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ(٦) وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ(٧)، وَيُحْمَلُ

....

(1) خ ط وفي الشروح: أوصى.

(2) خ ط وفي الشروح: أوصى.

---

(١) لأن العبد لا يملك، فحمل على أنها للسيد لتصح، ولكن بشرط أن يقبلها العبد لأن الخطاب معه، وبشرط أن لا يقصد تمليك العبد، فإن قصد لم تصح كنظيره في الوقف.

(٢) لأن الوصية تمليك بعد الموت وهو حر حينئذٍ.

(٣) إن قلنا: بالموت بشرط القبول وهو الأظهر فللسيد، وإن قلنا: بالقبول بعد الموت فللعبد.

(٤) في الحالين، لأن الدابة لا تملك، وقد قصد تمليكها في الأولى، وإطلاقه في الثانية محمول عليه، لأن مقتضى اللفظ وإطلاقه للتمليك وهي لا تملك حالاً ولا مآلاً.

(٥) لأن علفها على مالكها فهو المقصود بها، ويتعين صرفه في مؤنتها.

(٦) لأنه من أفضل القرب. لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ﴾ [التوبة: ١٨]، وقوله ﷺ: «من بنى مسجدًا يبتغي به وجه الله بنى الله له بيتًا في الجنّة». أخرجه البخاري في الصلاة برقم ٤٥٠، ومسلم في المساجد برقم ٥٣٣ من حديث عثمان رضي الله عنه.

(٧) لأن المسجد يملك كالحر.

عَلَى عِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ[١]، وَلِذِمِّيٍّ[٢]، وَكَذَا حَرْبِيٌّ وَمُرْتَدٌّ فِي الأَصَحِّ[٣]، وَقَاتِلٍ فِي الأَظْهَرِ[٤] ولِوَارِثٍ فِي الأَظْهَرِ إِنْ أَجَازَ بَاقِي الْوَرَثَةِ[٥]، وَلاَ عِبْرَةَ بِرَدِّهِمْ وَإِجَازَتِهِمْ فِي حَيَاةِ المُوصِي[٦]، وَالْعِبْرَةُ فِي كَوْنِهِ وَارِثًا بِيَوْمِ المَوْتِ[٧].

وَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لَغْوٌ[٨]، وَبِعَيْنٍ هِي قَدْرُ حِصَّتِهِ صَحِيحَةٌ[٩]. وَتَفْتَقِرُ إِلَى الإِجَازَةِ فِي الأَصَحِّ[١٠]، وَتَصِحُّ بِالْحَمْلِ[١١].

---

(١) لأن العرف يحملها على ذلك، والعادة محكمة.

(٢) لأن الصدقة عليه جائزة، فجازت الوصية، ولما أخرج البيهقي في الكبرى ٦/ ٢٨١ بسنده إلى عكرمة أنَّ صفية زوج النبي ﷺ قالت لأخ لها يهودي: «أسلِمْ ترثني، فسمع بذلك قومُه فقالوا: أتبيع دينك بالدنيا؟ فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث».

(٣) لعموم حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «في كل كبد رطبة أجر». أخرجه البخاري في المساقاة، باب فضل سقي الماء برقم ٢٣٦٣، ومسلم في السلام، باب فضل سقي البهائم برقم ١٥٣ (٢٢٤٤).

(٤) لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة، لا الإرث.

(٥) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز وصية لوارث إلاَّ أن يشاء الورثة». أخرجه الدارقطني في السنن ٤/ ٩٨ وحسن الحافظ ابن حجر إسناده في بلوغ المرام ص ١٩٩ برقم ٩٨٨، وقياسًا على الوصية لأجنبي في الزائد على الثلث.

(٦) لأنه لا حق لهم حينئذٍ، لاحتمال بُرئه وموتهم.

(٧) لأن ذلك هو وقت الاستحقاق.

(٨) لأنه يستحقه بغير وصية فلا معنى لها.

(٩) قياسًا على ما لو أوصى ببيع عين من ماله لزيد.

(١٠) لاختلاف الأغراض بالأعيان ومنافعها.

(١١) لأن العبرة بما وجد عند الوصية، والحمل موجود.

وَيُشْتَرَطُ انْفِصَالُهُ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَهَا(١).

وَبِالْمَنَافِعِ(٢)، وَكَذَا بِثَمَرَةٍ أَوْ حَمْلٍ سَيَحْدُثَانِ فِي الأَصَحِّ(٣)، وَبِأَحَدِ عَبْدَيْهِ(٤) وَبِنَجَاسَةٍ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهَا كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ(٥) وَزِبْلٍ(٦) وَخَمْرٍ مُحْتَرَمَةٍ(٧).

وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ مِنْ كِلَابِهِ أُعْطِيَ أَحَدَهَا(٨)، فَإِنْ (1) لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ لَغَتْ(٩)، وَلَوْ كَانَ (2) لَهُ مَالٌ وَكِلَابٌ وَوَصَّى (3) بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَالأَصَحُّ نُفُوذُها، وَإِنْ كَثُرَتْ وَقَلَّ المَالُ(١٠).

....

(1) خ ط: وإن لم.

(2) خ ط: وإن كان.

(3) خ ط: وأوصى.

---

(١) ويرجع في ذلك لأهل الخبرة.

(٢) لأنها أموال تقابل بالعوض كالأعيان.

(٣) لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقًا بالناس وتوسعة، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية.

(٤) لأنها تحتمل بالجهالة، فبالإبهام أولى، ويعينه الوارث.

(٥) لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها بالإرث ونحوه، بخلاف الكلب العقور والخنزير فلا تصح الوصية بهما.

(٦) لحصول النفع به في تسميد الأرض فجاز نقل اليد فيها بالوصية.

(٧) وهي ما عصرت لا بقصد الخَمْرِيَّة، بل الخَلِّية، أو لا يقصد منها شيء، نظرًا لعدم الحرمة مع ذلك.

(٨) بتعيين الوارث.

(٩) لتعذر شراء كلب من الثلث لأنه ليس بمال.

(١٠) لأن المال خير منها، إذ الكلاب لا قيمة لها فلا تدخل في الثلث.

وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلُ لَهْوٍ وَطَبْلٌ يَحِلُّ الانْتِفَاعُ بِهِ كَطَبْلِ حَرْبٍ وَحَجِيجٍ، حُمِلَتْ عَلَى الثَّانِي(١)، وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلِ اللَّهْوِ لَغَتْ(٢) إِلَّا إِنْ صَلَحَ لِحَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ(٣).

فَصْلٌ

يَنْبَغِي أَنْ لَا يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ(٤)، فَإِنْ زَادَ وَرَدَّ الْوَارِثُ بَطَلَتْ فِي الزَّائِدِ(٥)، وَإِنْ أَجَازَ فَإِجَازَتُهُ تَنْفِيذٌ(٦)، وَفِي قَوْلٍ: عَطِيَّةٌ

---

(١) لتصح، لأن الظاهر قصده لإرادة الثواب.

(٢) لأنه معصية.

(٣) لإمكان تصحيح الوصية فيما يتناوله لفظها.

(٤) لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: «يرحم الله ابن عفراء»، قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: «لا»، قلت: فالشطر؟ قال: «لا»، قلت: الثلث؟ قال: «فالثلث والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس ويُضرَّ بك آخرون»، ولم يكن له يومئذٍ إلاَّ ابنة.
أخرجه البخاري في الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس برقم ٢٧٤٢ واللفظ له، ومسلم، باب الوصية بالثلث برقم ٥ (١٦٢٨) ولحديث عمران بن حصين رضي الله عنه «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزَّأهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقَّ أربعة، وقال له قولاً شديدًا». أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شِركًا له في عبد برقم ٥٦ (١٦٦٨).

(٥) إجماعًا كما في النهاية ٦/ ٥٤، والتحفة ٧/ ٢١ لأنه حقه.

(٦) أي إمضاء لتصرف الموصى بالزيادة على الثلث لصحته.

مُبْتَدَأَةٌ[1]، وَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ لَغْوٌ[2].

وَيُعْتَبَرُ المَالُ يَوْمَ الْمَوْتِ[3]، وَقِيلَ: يَوْمَ الْوَصِيَّةِ[4]، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا عِتْقٌ عُلِّقَ بِالْمَوْتِ[5]، وَتَبَرُّعٌ نُجِّزَ فِي مَرْضِه، كَوَقْفٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ وَإِبْرَاءٍ[6].

وَإِذَا اجْتَمَعَ تَبَرُّعَاتٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَوْتِ وَعَجَزَ الثُّلُثُ فَإِنْ تَمَحَّضَ الْعِتْقُ أُقْرِعَ[7]، أَوْ غَيْرُهُ قُسِّطَ الثُّلُثُ[8]، أَوْ هُوَ وَغَيْرُهُ قُسِّطَ بِالْقِيمَةِ[9]، وَفِي قَوْلٍ يُقَدَّمُ العِتْقُ[10]، أَوْ مُنَجَّزَةٌ قُدِّمَ الأَوَّلُ فَالأَوَّلُ، حَتَّى يَتِمَّ

---

(١) لأنه لولا إجازته ما نفذت.

(٢) لنهيه ﷺ عن الوصية بالزيادة عن الثلث كما مضى في قصة سعد.

(٣) أي وقته، لأن الوصية تمليك بعده، وبه تلزم من جهة الموصي.

(٤) قياسًا على ما لو نذر التصدّق بثلث ماله، فإن العبرة بيوم النذر، ورد بأنه وقت اللزوم فهو نظير يوم الموت.

(٥) لأن لزومه إنما كان عند الموت.

(٦) أي يعتبر من الثلث لحديث عمران بن حصين رضي الله عنه السابق، ولأنه إذا كان المرض مخوفًا، لا يأمن الموت، فجعل كحال الموت، فإن برىء من المرض لم يعتبر من الثلث، لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق لأحد.

(٧) لحديث عمران بن حصين السابق، حيث أقرع النبي ﷺ بينهم فأعتق اثنين وأرقّ أربعة.

(٨) قياسًا على تقسيط التركة على أرباب الديون، ولعدم المرجح مع اتحاد وقت الاستحقاق.

(٩) لاتحاد وقت الاستحقاق.

(١٠) لقوته، وتشوف الشارع إليه.

الثُّلُثُ[١]، فَإِنْ وُجِدَتْ دُفْعَةً وَاتَّحَدَ الْجِنْسُ كَعِتْق عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ أُقْرِعَ فِي الْعِتْقِ[٢]، وَقُسِّطَ فِي غَيْرِهِ[٣].

وَإِنِ اخْتَلَفَ وَتَصَرَّفَ وُكَلاَءُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ قُسِّطَ[٤]، وَإِنْ كَانَ قُسِّطَ[٥]، وَفِي قَوْلٍ يُقَدَّمُ الْعِتْقُ[٦].

وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَطْ: سَالِمٌ وَغَانِمٌ، فَقَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا فَسَالِم حُرٌّ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَتَقَ[٧] وَلاَ إِقْرَاع[٨].

وَلَوْ أَوْصَى بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ هِيَ ثُلُثُ مَالِه وَبَاقِيهِ غَائِبٌ لَمْ تُدْفَع كُلُّهَا إِلَيْهِ فِي الحَالِ[٩]، والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَتَسَلَّطُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الثُّلُثِ أَيْضًا[١٠].

---

(١) لوجود مقتضٍ للترتيب وهو الأسبقية.

(٢) لحديث عمران بن الحصين السابق، وحذرًا من التشقيص في الجميع.

(٣) باعتبار القيمة أو المقدار.

(٤) كما تقدم قياسًا على الديون.

(٥) أي الثلث وأقرع فيما يخص العتق كما مر.

(٦) لقوته وتشوُّفِ الشارع إليه.

(٧) لسبقه.

(٨) لاحتمال أن تخرج القرعة بالحرية لسالم، فيلزم إرقاق غانم فيفوت شرط عتق سالم؛ لأنه مشروط بعتق غانم.

(٩) لاحتمال تلف الغائب، فلا يحصل للورثة مِثل ما حصل له.

(١٠) لأن تسلطه موقوف على تسلط الوارث على مثلي ما يتسلط هو عليه وهو متعذر، لاحتمال سلامة الغائب فيكون له.

فَـصْـلٌ

إِذَا ظَنَنَّا الْمَرَضَ مَخُوفًا[1] لَمْ ينفُذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ[2]، فَإِنْ بَرَأَ نَفَذَ[3].

وَإِنْ ظَنَنَّاهُ غَيْرَ مَخُوفٍ فَمَاتَ، فَإِنْ حُمِلَ عَلَى الْفُجْأَةِ[4] نَفَذَ[5]، وَإِلَّا فَمَخُوفٌ[6].

وَلَوْ شَكَكْنَا فِي كَوْنِهِ مَخُوفًا لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِطَبِيبَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ[7].

وَمِنَ الْمَخُوفِ: قُولَنْجٌ، وَذَاتُ جَنْبٍ، وَرُعَافٌ دَائِمٌ، وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ، وَدِقٌّ، وَابْتِدَاءُ فَالِجٍ، وَخُرُوجُ طَعَامٍ غَيْرَ مُسْتَحِيلٍ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ، أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ، وَحُمَّى مُطْبِقَةٌ أَوْ غَيْرُهَا[8] إِلَّا الرِّبْعَ[9]. وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمَخُوفِ أَسْرُ كُفَّارٍ اعْتَادُوا قَتْلَ الْأَسْرَى[10]، وَالْتِحَامُ قِتَالٍ بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ، وَتَقْدِيمٌ لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ، وَاضْطِرَابُ رِيحٍ،

---

(١) لتولد الموت عن جنسه كثيرًا.

(٢) لأنه محجور عليه في الزيادة لحق الورثة. لحديث سعد بن أبـي وقاص، وحديث عمران بن الحصين السابقين ص ٣٦٠.

(٣) لتبين أن لا حجر لعدم الخوف.

(٤) لكون ذلك المرض لا يتولد منه موت كوجع عين أو ضرس أو جرب.

(٥) لتبين عدم الحجر.

(٦) فلا ينفذ ما زاد على الثلث لتبين الحجر.

(٧) لتعلق حق الموصى له والورثة بذلك، فاشترط فيه شروط الشهادة.

(٨) لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معاجلة الموت، فجعل كحال الموت.

(٩) لأنها تأتي يومًا وتقلع يومين، فليست مخوفة، إذ المحموم بها يأخذ قوة في يومي الإقلاع.

(١٠) لأن توقع الموت هنا أكثر.

وَهَيَجَانُ مَوْجٍ فِي رَاكِبِ سَفِينَةٍ[1]، وَطَلْقُ حَامِلٍ[2]، وَبَعْدَ الْوَضْعِ مَا لَمْ تَنْفَصِلِ الْمَشِيمَةُ[3].

وَصِيغَتُهَا: أَوْصَيْت لَهُ بِكَذَا، أَوِ ادْفَعُوا إِلَيْهِ، أَوْ أَعْطُوهُ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ جَعَلْتُهُ لَهُ، أَوْ هُوَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي[4]، فَلَوِ اقْتَصَرَ عَلَى هُوَ لَهُ فَإِقْرَارٌ[5] إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي فَيَكُونُ وَصِيَّةً[6]، وَتَنْعَقِدُ بِكِنَايَةٍ[7]، وَالْكِتَابَةُ كِنَايَةٌ[8].

وَإِنْ وَصَّى (1) لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ، لَزِمَتْ بِالْمَوْتِ بِلَا قَبُولٍ[9]، أَوْ لِمُعَيَّنٍ اشْتُرِطَ الْقَبُولُ[10].

....

(1) خ ط ونسخ الشروح عدا المحلى: أوصى.

---

(١) لأن ذلك كله يخاف منه الموت كثيرًا، بل هو لكونه لا ينفع فيه دواء أولى من المرض، ولذلك لم تلحق بالمرض لأنه لم يصب بدن الإنسان فيها شيء.

(٢) وإن تكررت ولادتها لعظم خطرها.

(٣) لأنها تشبه الجرح الواصل إلى الجوف.

(٤) وهذه صرائح كلها.

(٥) لأنه من صرائحه، ووجد نفاذًا في موضعه، فلا يجعل كناية وصية.

(٦) لأن الإقرار لا يصح بذلك، فيحتمل حينئذٍ الوصية فتقبل إرادتها بالنية.

(٧) قياسًا على البيع بل أولى.

(٨) قياسًا على البيع كذلك، فتنعقد بها مع النية ولو من ناطق، ولا بد من الاعتراف بها نطقًا منه أو من وارثه، وإن قال: هذا خطي، أو ما فيه وصيتي.

(٩) لتعذره منهم، والمعنى أنه لا يشترط، ولكن يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ولا تجب التسوية بينهم.

(١٠) لتيسر ذلك منهم، ويكون القبول ممن تأهّل بنفسه أو من وليه إن لم يتأهل ويشترط مع ذلك استيعابهم والتسوية بينهم.

وَلاَ يَصِحُّ قَبُولٌ وَلاَ رَدٌّ فِي حَيَاةِ المُوصِي[1]، وَلاَ يُشْتَرَطُ بَعْدَ مَوْتِهِ الْفَوْرُ[2]، فَإِنْ مَاتَ المُوصَى لَهُ قَبْلَهُ بَطَلَتْ[3]، أَوْ بَعْدَهُ فَيَقْبَلُ وَارِثُهُ[4].

وَهَلْ يَمْلِكُ المُوصَى لَهُ بِمَوْتِ المُوصِي[5]؟ أَمْ بِقَبُولِهِ[6]؟ أَمْ مَوْقُوفٌ.

فَإِنْ قِبلَ بَانَ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ وَإِلاَّ بَانَ لِلوَارِثِ؟ أَقْوَالٌ، أَظْهَرُهَا الثَّالِثُ[7].

وَعَلَيْهَا تُبْنَى الثَّمَرَةُ، وَكَسْبُ عَبْدٍ حَصَلاَ بَيْنَ المَوْتِ وَالْقَبُولِ، وَنَفَقَتُهُ وَفِطْرَتُهُ[8]، وَنُطَالِبُ المُوصَى لَهُ بِالنَّفَقَةِ إِنْ تَوَقَّفَ فِي قَبُولِهِ وَرَدِّهِ[9].

---

(١) لأنه لا حق له قبل الموت ولا عنده.

(٢) لأنه إنما يشترط في عقد ناجز يتصل قبوله بإيجابه.

(٣) لأنها قبل الموت غير لازمة فبطلت بالموت، كما لو مات أحد المتبايعين قبل القبول.

(٤) لأن الوارث فرعه فيقوم مقامه.

(٥) قياسًا على الإرث والتدبير، وتستقر بالقبول.

(٦) لأنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كالبيع.

(٧) وهو أنه موقوف؛ لأنه لا يمكن جعله للميت لأنه لا يملك، ولا للوارث لأنه لا يملك إلاَّ بعد الوصية والدَّين، ولا للموصَى له؛ وإلاَّ لما صح ردّه كالإرث فتعين وقفه.

(٨) فعلى القول الأول والثالث للموصى له الفوائد وعليه النفقة والفطرة، وعلى الثاني لا له، ولا عليه وعلى المعتمد هي موقوفة، فإن قبل فله الأولان وعليه الآخِران وإلاَّ فلا.

(٩) قياسًا على ما لو امتنع مطلق إحدى زوجتيه من التعيين، فإن لم يقبل ولم يرد خيَّره =

فَصْلٌ

إِذَا (1) أَوْصَى بِشَاةٍ تَنَاوَلَ صَغِيرَةَ الْجُثَّةِ وَكَبِيرَتَهَا، سَلِيمَةً وَمَعِيبَةً، ضَأْنًا وَمَعَزًا(١)، وَكَذَا ذَكَرٌ فِي الأَصَحِّ(٢)، لاَ سَخْلَةٌ وَعَنَاقٌ فِي الأَصَحِّ(٣).

وَلَوْ قَالَ: أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي، وَلاَ غَنَمَ لَهُ، لَغَتْ(٤)، وَإِنْ قَالَ: مِنْ مَالِي، اشْتُرِيَتْ لَهُ(٥).

وَالجَمَلُ وَالنَّاقَةُ يَتَنَاوَلاَنِ الْبَخَاتِيَّ وَالْعِرَابَ(٦)، لاَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ(٧)، والأَصَحُّ تَنَاوُلُ بَعِيرٍ نَاقَةً(٨)، لاَ بَقَرَةٍ ثَوْرًا(٩)، وَالثَّوْرُ

....

(1) خ س، وط، والتحفة والمحلي: ومتى.

= الحاكم بين القبول والرد، فإن لم يفعل حكم بالبطلان كالمتحجر إذا امتنع من الإحياء كما تقدم ص ٢٧٤.

(١) لصدق الاسم على ذلك كله، وإن كان عرف الموصي اختصاصها بالضأن، لأنه عرف خاص وهو لا يعارض اللغة، ولا العرف العام.

(٢) لأنه اسم جنس كالإنسان، والتاء فيه للوحدة لا للتأنيث كحمام وحمامة.

(٣) لأن كليهما لا يسمَّى شاة لصغر سنهما، وتميز كل منهما باسم خاص.

(٤) لعدم وجود ما تتعلق به.

(٥) لأنه لما لم يكن في ماله شياه تعين تحصيلها بالشراء من ماله.

(٦) لصدق الاسم عليهما.

(٧) لأن الجمل للذكر، والناقة للأنثى.

(٨) لأنه اسم جنس كالإنسان، ولذلك سمع عن العرب قولهم: حَلب فلانٌ بعيره.

(٩) لأن اللفظ موضوع للأنثى عرفًا.

لِلذَّكَرِ[١]، وَالمَذْهَبُ حَمْلُ الدَّابَّةِ عَلَى فَرَسٍ وَبَغْلٍ وَحِمَارٍ[٢].

وَيَتَنَاوَلُ الرَّقِيقُ صَغِيرًا وَأُنْثَى وَمَعِيبًا وَكَافِرًا وَعُكُوسَهَا[٣]، وَقِيلَ: إِنْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ وَجَبَ المُجْزِئُ كَفَّارَةً[٤]، وَلَوْ وَصَّى [1] بِأَحَدِ رَقِيقِهِ فَمَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَتْ[٥]، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ تَعَيَّنَ[٦]، أَوْ بِإِعْتَاقِ رِقَابٍ فَثَلَاثٌ[٧]، فَإِنْ عَجَزَ ثُلُثُهُ عَنْهُنَّ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى شِقْصٌ[٨] بَلْ نَفِيسَتَانِ بِهِ[٩]، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَنْفَسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ فَلِلْوَرَثَةِ[١٠]، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثِي لِلْعِتْقِ اشْتُرِيَ شِقْصٌ[١١].

وَلَوْ وَصَّى لِحَمْلِهَا فَأَتَتْ بِوَلَدَيْنِ فَلَهُمَا[١٢]، أَوْ بِحَيٍّ وَمَيِّتٍ فَكُلُّهُ

....

(1) خ ط ونسخ الشروح عدا المحلي: أوصى.

---

(١) فلا يطلق على غيره عرفًا ولغة.

(٢) لاشتهارها فيه عرفًا، ولأن الثلاثة أغلب ما يُركَب كما قال سبحانه: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗ﴾ [النحل: ٨].

(٣) لصدق الاسم على ذلك كله.

(٤) لأنه المعروف في الإعتاق، ورُد بأن المعروف في الوصية عدم التقيّد.

(٥) إذ لا رقيق له عند الموت.

(٦) لصدق الاسم، فليس للورثة إمساكه وإعطاؤه قيمة مقتول.

(٧) لأنه أقل عدد يقع عليه مسمَّى الجمع.

(٨) لأن ذلك لا يسمى رقابًا.

(٩) أي بالثلث.

(١٠) لأن الشقص لا يسمى رقبة.

(١١) لأنَّ المأمور به صرف الثلث إلى العتق.

(١٢) لأنه مفرد مضاف فيعم، ويستوفي فيه الذكر والأنثى.

لِلْحَيِّ فِي الأَصَحِّ[1]، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكِ ذَكَرًا أَوْ قَالَ: أُنْثَى فَلَهُ كَذَا، فَوَلَدَتْهُمَا لَغَتْ[2].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ بِبَطْنِهَا ذَكَرٌ فَوَلَدَتْهُمَا اسْتَحَقَّ الذَّكَرُ[3]، أَوْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهَا[4]، وَيُعْطِيهِ الوَارِثُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا[5].

وَلَوْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ فَلأَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ[6]، وَالْعُلَمَاءُ أَصْحَابُ عُلُوم الشَّرْعِ مِنْ تَفْسِيرٍ وَحَدِيثٍ وَفِقْهٍ[7]، لاَ مُقْرِىءٌ وَأَدِيبٌ وَمُعَبِّرٌ وَطَبِيبٌ[8]، وَكَذَا مُتَكَلِّمٌ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ[9].

وَيَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ الْفُقَرَاءِ المَسَاكِينُ وَعَكْسُهُ[10]، وَلَوْ

---

(١) لأن الميت كالمعدوم، بدليل البطلان بانفصالهما.

(٢) لأن حملها جميعه ليس ذكرًا ولا أنثى.

(٣) لأنه وجد ببطنها، وزيادة الأنثى لا تضر.

(٤) لأنه لم يحصر الوصية في واحد، وإنما حصر الوصية فيه.

(٥) كما لو وقع الإبهام في الموصى به، فإنه يرجع إلى بيان الوارث.

(٦) لما روى أبو داود في مراسيله ص١٦٨ برقم ٣١٥ عن ابن شهاب أن النبي ﷺ قال «أربعين دارًا جار» فقيل لابن شهاب: وكيف أربعين دارًا؟ قال: أربعين دارًا عن يمينه وعن يساره، وخلفه، وبين يديه، قال الحافظ في التلخيص ٣/ ٩٣: رجاله ثقات.

(٧) بأن يَعرف من كل باب طرفًا صالحًا يهتدي به إلى معرفة باقيه، مُدركًا واستنباطًا وإن لم يكن مجتهدًا، ولا يدخل فيه من يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه، ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون، لأن السماع المجرد ليس بعلم.

(٨) لأن أهل العرف لا يعدونهم منهم.

(٩) للعلة السابقة.

(١٠) لأنهما إذا افترقا اجتمعا، وإذا اجتمعا افترقا كما قال الإمام الشافعي رحمه الله فيقع اسم كل منهم على الآخر عند الانفراد في العرف.

جَمَعَهُمَا (1) شُرِّكَ نِصْفَيْنِ(١)، وَأَقَلُّ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ(٢)، وَلَهُ التَّفْضِيلُ(٣)، أَوْ لِزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ فِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقَلَّ مُتَمَوَّلٍ(٤) لَكِنْ لَا يُحْرَمُ(٥)، أَوْ لِجَمْعٍ مُعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ كَالْعَلَوِيَّةِ صَحَّتْ فِي الْأَظْهَرِ(٦)، وَلَهُ الاقْتِصَارُ عَلَى ثَلَاثَةٍ(٧)، أَوْ لِأَقَارِبِ زَيْدٍ دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعُدَ(٨) إِلَّا أَصْلًا وَفَرْعًا فِي الْأَصَحِّ(٩).

وَلَا تَدْخُلُ (2) قَرَابَةُ أُمٍّ فِي وَصِيَّةِ الْعَرَبِ فِي الْأَصَحِّ(١٠)، وَالْعِبْرَةُ

....

(1) خ ط: جمعهم.

(2) خ س وط: يدخل.

---

(١) لاستوائهم في الاستحقاق.

(٢) لأنها أقل الجمع.

(٣) لأن القصد منها القربة، وهي مع ذي الحاجة أعظم أجرًا فله أن يقدمه على غيره بل هو أولى وآكد.

(٤) لأنه ألحقه بهم في إضافته وذلك يقتضي التسوية.

(٥) وإن كان غنيًا لنصه عليه.

(٦) قياسًا على الوصية للفقراء.

(٧) لأنه أقل الجمع كما في الفقراء.

(٨) لأن اللفظ يشملهم، فيدخل فيه الوارث وغيره، والمسلم والكافر، والغني والفقير وإن كثروا.

(٩) لأنهم لا يسمون أقارب عرفًا إذ القريب هو من ينتمي بواسطة، ولأنه لا وصية لوارث كما تقدم.

(١٠) لأنهم لا يفتخرون بها ولا يعدونها قرابة، ولكن المعتمد أنها تدخل لحديث جابر رضي الله عنه قال: أقبل سعد فقال النبي ﷺ: «هذا خالي فليرني امرؤ خاله». أخرجه الترمذي في المناقب، باب مناقب سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه برقم =

بِأَقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ زَيْدٌ[(١)]، وَتُعَدُّ أَوْلَادُهُ قَبِيلَةً[(٢)].

وَيَدْخُلُ فِي أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ الْأَصْلُ وَالْفَرْعُ[(٣)]، وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُ ابْنٍ عَلَى أَبٍ[(٤)]، وَأَخٍ عَلَى جَدٍّ[(٥)]، وَلَا يُرَجَّحُ بِذُكُورَةٍ وَوِرَاثَةٍ بَلْ يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْأُمُّ، وَالِابْنُ وَالْبِنْتُ[(٦)]، وَيُقَدَّمُ ابْنُ الْبِنْتِ عَلَى ابْنِ ابْنِ الِابْنِ[(٧)].

وَلَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ فِي الْأَصَحِّ[(٨)].

= ٣٧٥٢، وقال: حسن غريب، والإمام أحمد في فضائل الصحابة ٢/٧٥١ برقم ١٣١٢، والحاكم في المستدرك ٣/٤٩٨.

وكان سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه من بني زهرة، وكانت أم النبي ﷺ من بني زهرة فلذلك قال النبي ﷺ: هذا خالي. وقد صحح المصنف هذا في الروضة ٦/١٧٤ وقوّاه في الشرحين كما في النهاية ٦/٨١.

(١) لأنها هي القرابة القريبة، سواء كان من جهة أبيه أو أمه على ما هو المعتمد كما تقرر.

(٢) فيرتقي في بني الأعمام إليه.

(٣) لأن أقربهم هو المنفرد بزيادة، والأصل والفرع كذلك، وإن لم يطلق عليهم أقارب عرفًا.

(٤) لأنه أقوى إرثًا وتعصيبًا.

(٥) لقوة جهة البُنُوّة على جهة الأبوة، وليس لنا موضع يقدم فيه الأخ على الجد إلاَّ هنا وفي الولاء، إذا كان غير أخ لأم.

(٦) والأخ والأخت؛ لاستواء الجهة من كل.

(٧) لأنه أقرب منه في الدرجة.

(٨) اعتبارًا بعرف الشرع لا بعموم اللفظ، ولأن الوارث لا يوصى له غالبًا، فيختص بالباقين.

فَصْلٌ

تَصِحُّ بِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَدَارٍ وَغَلَّةِ حَانُوتٍ(١)، وَيَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ مَنْفَعَةَ الْعَبْدِ(٢)، وَأَكْسَابَهُ الْمُعْتَادَةَ(٣) وَكَذَا مَهْرَهَا(٤) فِي الْأَصَحِّ(٥)، لَا وَلَدَهَا فِي الْأَصَحِّ، بَلْ هُوَ كَالْأُمِّ مَنْفَعَتُهُ لَهُ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ(٦)، وَلَهُ إِعْتَاقُهُ(٧).

وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ مُدَّةً(٨) وَكَذَا أَبَدًا فِي الْأَصَحِّ(٩)، وَبَيْعُهُ إِنْ لَمْ يُؤَبِّدْ كَالْمُسْتَأْجَرِ(١٠)، وَإِنْ أَبَّدَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لِلْمُوصَى لَهُ دُونَ غَيْرِهِ(١١)، وَأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْعَبْدِ كُلُّهَا مِنَ الثُّلُثِ إِنْ وَصَّى [1]

....

(1) نسخ الشروح: إن أوصَى.

---

(١) لأنها أموال مقابلة بالأعواض فكانت كالأعيان.

(٢) بمقتضى الوصية، وليست إباحة ولا عارية لأنها تلزم بالقبول.

(٣) لأنها أبدال المنافع الموصى بها، لا النادرة كالهبة واللقطة لأنها لا تقصد بالوصية.

(٤) أي: الأمة الموصى بمنفعتها.

(٥) لأنه من نماء الرقبة كالكسب.

(٦) لأنه جزء منها فيجري مجراها.

(٧) لأنه خالص ملكه.

(٨) لأنه يملك رقبته، فكأنه أجرَّه.

(٩) لأنه ملكه، وهو متمكن من دفع الضرر عنه بإعتاق ونحوه.

(١٠) فيصح للموصى له ولغيره على الراجح.

(١١) لأنه لا فائدة لغيره فيه، وهذا فيما إذا لم يجتمعا على البيع من غيرهما، فإن اجتمعا فالقياس الصحة.

بِمَنْفَعَتِهِ أَبَدًا[١]، وَإِنْ أَوْصَى بِهَا مُدَّةً قُوِّمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ المُدَّةَ، وَيُحْسَبُ النَّاقِصُ مِنَ الثُّلُثِ[٢]، وَتَصِحُّ بِحَجٍّ تَطَوُّعٍ فِي الأَظْهَرِ[٣]، وَيُحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ أَوِ المِيقَاتِ كَمَا قَيَّدَ[٤]، وَإِنْ أَطْلَقَ فَمِنَ الْمِيقَاتِ فِي الأَصَحِّ[٥].

وَحَجَّةُ الإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ المَالِ[٦]، فَإِنْ أَوْصَى بِهَا مِنْ رَأْسِ المَالِ أَوِ الثُّلُثِ عُمِلَ بِهِ[٧]، وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ بِهَا فَمِنْ رَأْسِ المَالِ[٨]، وَقِيلَ: مِنَ الثُّلُثِ[٩]، وَيُحَجُّ مِنَ الْمِيقَاتِ[١٠].

---

(١) لأنه حال بين الوارث وبينها، ولتعذر تقويم المنفعة بتعذّر الوقوف على آخر عمره، فيتعين تقويم الرقبة مع منفعتها.

(٢) لأن الحيلولة معرضة للزوال، فإذا ساوى بالمنفعة مئة، وبدونها تلك المدة تسعين فالوصية بعشرة، فإن وفَّى بها الثلث فواضح، وإلاَّ كأن وفَّى ببعضها فكما مر كما هو ظاهر.

(٣) بناءً على الأظهر من جواز النيابة فيه، لأنها عبادة تدخل النيابة في فرضها فتدخل في نفلها كأداء الزكاة.

(٤) عملاً بوصِيَّته، ولكن هذا إن وسعه الثلث، وإلاَّ فمن حيث أمكن.

(٥) حملاً على أقل الدرجات.

(٦) كغيرها من الديون، وكذا الحجة المنذورة، وإن لم يوص بها.

(٧) لأنه في الأولى تأكيد، إذ هو معتبر بدونها، وفي الثانية قصد الرفق بورثته لتوفير الثلثين إذا كان هناك وصايا أخر، لأن حجة الإسلام تزاحمها حينئذٍ فإن وفى بها ما خصها وإلاَّ كملت من رأس المال.

(٨) عملاً بالأصل.

(٩) لأنه مصرف الوصايا فيحمل ذكر الوصية عليه.

(١٠) لأنه الواجب، إذ لو كان حيًا لم يلزمه سواه.

وَلِلأَجْنَبِـيِّ أَنْ يَحُجَّ عَنِ المَيِّتِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي الأَصَحِّ[(١)]، وَيُؤَدِّي الْوَارِثُ عَنْهُ الْوَاجِبَ المَالِيَّ فِي كَفَّارَةٍ مُرَتَّبَةٍ[(٢)]، وَيُطْعِمُ وَيَكْسُو فِي المُخَيَّرَةِ[(٣)]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَعْتِقُ أَيْضًا[(٤)]، وَأَنَّ لَهُ الأَدَاءَ مِنْ مَالِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ تَرِكَةٌ[(٥)]، وَأَنَّهُ يَقَعُ عَنْهُ لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِـيٌّ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ[(٦)]، لَا إِعْتَاقٍ فِي الأَصَحِّ[(٧)].

وَتَنْفَعُ المَيِّتَ صَدَقَةٌ وَدُعَاءٌ مِنْ وَارِثٍ وَأَجْنَبِـيٍّ[(٨)].

---

(١) قياسًا على قضاء الدين، بخلاف حج التطوع فلا يجوز له من وارث أو أجنبـي إلاَّ بإيصائه. وقد تقدم بحث ذلك في بابه ١/ ٤٥٨.

(٢) وهي كفارة الظهار والقتل والجماع في نهار ومضان.

(٣) وهي كفارة اليمين، ونذر اللَّجاج، وتحريم عين الأمة أو الزوجة، فهو مخير بين الكسوة والإطعام، والواو في عبارة المصنف بمعنى أو، وذلك لأن هذه الكفارة تعلقت بعين ماله.

(٤) لأنه نائبه شرعًا فجاز له ذلك.

(٥) قياسًا على قضاء الدين، وكذا مع وجود التركة.

(٦) قياسًا على قضاء دينه كذلك.

(٧) لاجتماع بعد العبادة على النيابة، وبعد الولاء للميت من غير نائبه الشرعي.

(٨) لعموم قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغۡفِرۡ لَنَا وَلِإِخۡوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [الحشر: ١٠] فأثنى الله تعالى عليهم بالدعاء لإخوانهم المؤمنين، وذلك دليل رضاه عنه فكان تشريعًا له.

ولحديث أبـي هريرة رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلاَّ من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»، كما أخرجه مسلم وغيره وقد تقدم ١/ ٢٨١.

وحديث أبـي هريرة رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «إن الله ليرفع الدرجة للعبد في=

فَصْلٌ

لَهُ الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ(١) وَعَنْ بَعْضِهَا(٢) بِقَوْلِهِ: نَقَضْتُ الْوَصِيَّةَ، أَوْ أَبْطَلْتُهَا، أَوْ رَجَعْتُ فِيهَا، أَوْ فَسَخْتُهَا، أَوْ هَذَا لِوَارِثِي(٣)، وَبِبَيْعٍ وَإِعْتَاقٍ وَإِصْدَاقٍ(٤) وَكَذَا هِبَةٌ أَوْ رَهْنٌ مَعَ قَبْضٍ(٥) وَكَذَا دُونَهُ فِي الْأَصَحِّ(٦)، وَبِوَصِيَّةٍ بِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ(٧)، وَكَذَا تَوْكِيلٍ فِي بَيْعِهِ وَعَرْضِهِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ(٨).

وَخَلطُ حِنْطَةٍ مُعَيَّنَةٍ رُجُوعٌ(٩)، وَلَوْ وَصَّى (1) بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ

. . . .

(1) خ ط والتحفة والنهاية: ولو أوصى.

= الجنة فيقول: ربي أنّى لي هذا؟ فيقال: بإسقاء ولدك لك». أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٥٠٩ بإسناد صحيح.

ونَقَلا في التحفة ٧/ ٧٢، والنهاية ٦/ ٩٢ وكذا المحلي بحاشية القليوبي ٣/ ١٧٥ الإجماع على ذلك.

(١) إجماعًا كما في التحفة ٧/ ٧٦، والنهاية ٦/ ٩٤ وقياسًا على الهبة قبل القبض بل أولى.

(٢) قياسًا على كلها.

(٣) لأنه لا يكون كذلك إلاَّ وقد أبطل الوصية فيه فصار كقوله: رددتها.

(٤) إجماعًا كما في التحفة والنهاية، ولأنه يدل على الإعراض عنها، وكذا كل تصرف لازم ناجز.

(٥) لزوال الملك في الهبة، وتعريضه للبيع في الرهن.

(٦) لدلالته على الإعراض، وإن لم يوجد قبول.

(٧) لإشعاره بالرجوع.

(٨) لأنه توسل إلى ما يحصل به الرجوع.

(٩) لأنه أخرجها عن إمكان التسليم.

فَخَلَطَهَا بِأَجْوَدَ مِنْهَا فَرُجُوعٌ[1] أَوْ بِمِثْلِهَا، فَلَا[2]، وَكَذَا بِأَرْدَأَ فِي الْأَصَحِّ[3].

وَطَحْنُ حِنْطَةٍ وَصَّى بِهَا، وَبَذْرُهَا، وَعَجْنُ دَقِيقٍ، وَغَزْلُ قُطْنٍ، وَنَسْجُ غَزْلٍ، وَقَطْعُ ثَوْبٍ قَمِيصًا، وَبِنَاءٌ وَغِرَاسٌ فِي عَرْصَةٍ رُجُوعٌ[4].

فَصْلٌ

يُسَنُّ الإِيصَاءُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ[5] وَتَنْفِيذِ الْوَصَايَا وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ[6].

---

(١) لتعذر التسليم بما أحدثه في العين، بخلاف ما إذا أمكن التسليم، أو اختلطت بنفسها، أو كان الخلط من غيره بغير إذنه.

(٢) لأنه لم يحدث تغييرًا.

(٣) قياسًا على تعييب الموصى به أو إتلاف بعضه.

(٤) لظهور هذه الأفعال في الصرف من جهة الوصية.

(٥) تعجيلاً لبراءة ذمته إذا هو مات، سواء كان لله كالزكاة أو لآدمي كرد المغصوب وأداء الحقوق كالعواري والودائع.

(٦) للإجماع على ذلك كما حكاه الخطيب في المغني ٤/١١٦ واتباعًا للسلف كما أخرج البيهقي في الكبرى ٦/٢٨٢ عن هشام بن عروة، عن أبيه قال: أوصَى إلى الزبيرِ رضي الله عنه عثمانُ بن عفان، وعبدُ الرحمن بن عوف، وعبد الله بن مسعود، والمقداد بن الأسود، ومطيع ابن الأسود رضي الله عنهم. . .
وكتب عبد الله بن مسعود في وصية له: إن وصيتي إلى الله، وإلى الزبير بن العوام، وإلى ابنه عبد الله بن الزبير، وإنهما في حِل وبِلٍّ فيما وليا وقضيا في تركتي، وأنه لا تزوج امرأة من بناتي إلاَّ بإذنها، لا تحضن عن ذلك زينب، يعني: لا تحجب عنه ولا يقطع دونها، وهي امرأته.

وَشَرْطُ الْوَصِيِّ: تَكْلِيفٌ(١)، وَحُرِّيَّةٌ(٢)، وَعَدَالَةٌ(٣)، وَهِدَايَةٌ إِلَى التَّصَرُّفِ الْمُوصَى [1] بِهِ(٤)، وَإِسْلَامٌ(٥). لَكِنِ الأَصَحُّ جَوازُ وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ إِلَى ذِمِّيٍّ(٦)، وَلَا يَضُرُّ الْعَمَى فِي الأَصَحِّ(٧)، وَلَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ(٨)، وَأُمُّ الأَطْفَالِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا(٩).

. . . .

(1) خ المغني والسراج: في الموصى.

---

(١) لأن غير المكلف وهو الصبي والمجنون لا يلي أمر نفسه فغيره أولى.

(٢) لأن الرقيق لا يتصرف في ماله فلا يصح وصيًا لغيره، ولأن ذلك يستدعي فراغًا وهو مشغول بخدمة سيده.

(٣) فلا تصح لفاسق إجماعًا كما في التحفة ٧/ ٨٦ لأنها ولاية وائتمان، ولكن تكفي العدالة الظاهرة.

(٤) لأن من لا يهتدى إليه لسفه أو مرض ونحوهما لا مصلحة في توليته.

(٥) لأن الكافر لا ولاية له على المسلم لقوله سبحانه: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ﴾ [آل عمران: ١١٨]، ولأنه غير مأمون على المسلم ولهذا قال الله تعالى فيهم: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠].

(٦) يعني إذا كان عدلاً في دينه، قياسًا على جواز ولايته عليهم، فإذا لم يكن عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه، لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه، فمع الكفر أولى.

(٧) لأنه متمكن من التوكيل فيما لا يتمكن من مباشرته.

(٨) إجماعًا كما في التحفة ٧/ ٨٧، والنهاية ٦/ ١٠٢ لما مضى ص ٢٩١ أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة رضي الله عنها في صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوي الرأي من أهلها، ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل.

(٩) لأنها أشفق عليهم من غيرها، وخروجًا من خلاف الاصطخري كما في المغني ٤/ ١١٨ فإنه يرى أنها تلي بعد الأب والجد.

وَيَنْعَزِلُ الْوَصِي بِالْفِسْقِ[١]، وَكَذَا الْقَاضِي فِي الأَصَحِّ[٢] لَا الإِمَامُ الأَعْظَمُ[٣].

وَيَصِحُّ الإِيْصَاءُ فِي قَضَاءِ (1) الدَّيْنِ (2) [٤]، وَتَنْفُذُ (3) الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكلَّفٍ[٥]، وَيُشْتَرَطُ فِي أَمْرِ الأَطْفَالِ مَعَ هَذَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِمْ[٦].

وَلَيْسَ لِوَصِيٍّ إِيْصَاءٌ[٧]، فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ جَازَ لَهُ فِي الأَظْهَرِ[٨]، وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَى بُلُوغِ ابْنِي أَوْ قُدُومِ زَيْدٍ، فَإِذَا بَلَغَ أَوْ قَدِمَ فَهُوَ الْوَصِيُّ جَازَ[٩].

....

(1) خ ط والتحفة: بقضاء.

(2) خ المغني والسراج: الديون.

(3) خ ط: وتنفيذ. وعزاه في المغني ٣/ ٧٥ نقلاً عن ابن الرفعة إلى خط المصنف وأكثر النسخ، قال: وهو معطوف على يصح.

---

(١) ولو لم يعزله القاضي لزوال أهليته، وسواء كان بتعد في المال أو بسبب آخر.

(٢) لزوال أهليته أيضًا.

(٣) لتعلق المصالح الكلية بولايته، فلا ينعزل بالفسق، ولما في عزله من الفتنة.

(٤) لأنه يجب عليه أن تبرأ ذمته منها.

(٥) لأنه قد أوجبها على نفسه.

(٦) من أب أو جد دون سائر الأقارب حتى الأم، لأن الولاية تنتقل بعدهما إلى الحاكم.

(٧) لأن الولي لم يرض بتصرف الثاني.

(٨) لأنه استنابه فيه كالوكالة، حيث يوكل الوكيل عند الإذن له بذلك.

(٩) واغتفر فيه التّوقيت والتعليق؛ لأن الوصية تحتمل الأخطار والجهالات.

وَلَا يَجُوزُ نَصْبُ وَصِيٍّ وَالجَدُّ حَيٌّ بِصِفَةِ الْوِلَايَةِ[1]، وَلَا الإِيْصَاءُ بِتَزْوِيجِ طِفْلٍ وَبِنْتٍ[2]، وَلَفْظُهُ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ أَوْ فَوَّضْتُ وَنَحْوُهُمَا[3]، وَيَجُوزُ فِيهِ التَّوْقِيتُ وَالتَّعْلِيقُ[4].

وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَا يُوصِي فِيهِ، فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ لَغَا[5]، وَالْقَبُولُ[6]. وَلَا يَصِحُّ فِي حَيَاتِهِ فِي الأَصَحِّ[7].

وَلَوْ وَصَّى اثْنَيْنِ لَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا[8] إِلَّا إِنْ صَرَّحَ بِهِ[9]، وَلِلْمُوصِي

---

(١) لأن ولايته ثابتة شرعًا، كولاية التزويج، وهذا في أمر الأطفال، فأما قضاء الدين والوصايا فله ذلك.

(٢) لأن غير الأب والجد لا يزوج الصغير والصغيرة، إذ الوصي لا يعتني بدفع العار عن النسب.

(٣) كوليتك، وأقمتك مقامي، لأنها صرائح في الباب.

(٤) لأن الوصاية تحتمل الجهالات والأخطار، فكذا التوقيت والتعليق، وقياسًا على الإمارة. وقد أمر النبي ﷺ على نحو ذلك، فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أمر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، فقال رسول الله ﷺ: «إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة...» الحديث، أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة مؤتة من أرض الشام برقم ٤٢٦١.

(٥) قياسًا على ما لو قال: وكلتك ولم يبين ما وكّل فيه، ولأنه لا عرف يحمل عليه.

(٦) لأنها عقد تصرف كالوكالة.

(٧) لأنه لم يدخل وقت تصرفه كالموصى له بالمال، بخلافه بعد الموت.

(٨) لأن الوصي لم يرض بتصرف أحدهما دون الآخر، والوصية تصرف مستفاد بالإذن، فكان على حسب الإذن.

(٩) فيجوز عملاً بقوله، وقياسًا على الوكالة.

وَالْوَصِيِّ الْعَزْلُ مَتَى شَاءَ[1]، وَإِذَا بَلَغَ الطِّفْلُ وَنَازَعَهُ فِي الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ صُدِّقَ الْوَصِيُّ[2]، أَوْ فِي دَفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ صُدِّقَ الْوَلَدُ[3].

* * *

(١) لأنها من العقود الجائزة من الجانبين كالوكالة، وهذا إن لم تتعين عليه الوصية ولم يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم عليه.

(٢) لأنه أمين، فيصدق في قوله بيمينه، ولأن إقامة البينة عليه عندئذٍ عسيرة.

(٣) لأن إقامة البينة على ذلك متيسرة، وقد أمر الله تعالى بها في هذا الحال حيث قال سبحانه: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٦]، فيصدق الولد بيمينه، ولو على الأب.

كتاب الوديعة(١)

مَنْ عَجَزَ عَنْ حِفْظِهَا حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا(٢)، وَمَنْ قَدَرَ وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ كُرِهَ(٣)، فَإِنْ وَثِقَ اسْتُحِبَّ(٤).

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، فأنها نزلت في شأن عثمان بن طلحة حيث أخذ منه النبي ﷺ مفتاح الكعبة يوم الفتح،، ثم رده عليه. كما أخرج ذلك ابن جرير الطبري في تفسيره ١٤٤/٥، وعزاه ابن كثير في تفسيره ٧٨٠/١ إلى كثير من المفسرين.
وقوله سبحانه: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].
وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك». أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده برقم ٣٥٣٥، والترمذي في البيوع، باب رقم ٣٨ برقم ١٢٦٤، والحاكم في المستدرك ٤٦/٢ وقال: صحيح على شرط مسلم وأقرّه الذهبي، وقال عنه الترمذي: حسن غريب.
وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان». أخرجه البخاري في الإيمان، باب علامة المنافق برقم ٣٣، ومسلم في الإيمان، باب خصال المنافق برقم ١٠٦ (٥٨).

(٢) لأنه يعرضها للزوال.

(٣) خشية الخيانة.

(٤) لأنه من التعاون المأمور به في عموم قوله سبحانه: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

وَشَـرْطُهُمَـا شَـرْطُ مُـوَكِّـلٍ وَوَكِيـلٍ[(١)]، وَيُشْتَـرَطُ صِيغَـةُ المُـودِعِ[(٢)] كَـاسْتَـوْدَعْتُـكَ هَـذَا أَوْ اسْتَحْفَظْتُـكَ أَوْ أَنَبْتُـكَ فِـي حِفْظِـهِ، وَالأَصَـحُّ أَنَّـهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا، وَيَكْفِي الْقَبْضُ[(٣)].

وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِـيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالاً لَمْ يَقْبَلْهُ[(٤)]، فَإِنْ قَبِلَ ضَمِنَ[(٥)]، وَلَـوْ أَوْدَعَ صَبِيًّا مَـالاً فَتَلِـفَ عِنْـدَهُ لَـمْ يَضْمَـنْ[(٦)]، وَإِنْ أَتْلَفَـهُ ضَمِـنَ فِـي الأَصَحِّ[(٧)]، وَالمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِـيٍّ[(٨)].

وَتَرْتَفِـعُ بِمَوْتِ المُودِعِ أَوِ المُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ [1] [(٩)]، وَلَهُمَا الاِسْتِرْدَادُ وَالرَّدُّ كُلَّ وَقْتٍ[(١٠)].

....

(1) خ أ: وإغمائه وجنونه.

---

(١) لأن الإيداع استنابة في الحفظ، فمن صحت وكالته صح إيداعه، وقد مر أن شرط الموكل صحة مباشرته بنفسه، وشرط الوكيل اثنان: صحة مباشرته التصرف المأذون فيه بنفسه، وتعيينَه.

(٢) لأنه عقد مبني على التراضي، ولا يعبر عن الرضا إلاَّ القول أو الإشارة من أخرس.

(٣) قياسًا على الوكالة، ولا تشترط الفورية بل عدم الرد.

(٤) لأن إيداعهما كالعدم لعدم أهليتهما، فلم يجز القبول منهما.

(٥) لعدم الإذن المعتبر منه كالغاصب.

(٦) لأنه لا يصح التزامه للحفظ لعدم أهليّته.

(٧) لأنـه من أهل الضمان، الذي هو من خطـاب الوضـع وليس من خطـاب التكليف، وهو لم يسلطه على إتلافه.

(٨) مودعًا ووديعًا، بجامع عدم الاعتداد بفعل كل.

(٩) قياسًا على الوكالة.

(١٠) لجوازها من الجانبين، فللمودع الرجوع لأنه مالك، وللمودَع الرد لأنه متبرع.

وَأَصْلُهَا الأَمَانَةُ[1]، وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ:

مِنْهَا أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلاَ إِذْنٍ وَلاَ عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ[2]، وَقِيلَ: إِنْ أَوْدَعَ الْقَاضِيَ لَمْ يَضْمَنْ[3]، وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا جَازَتْ الاِسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ[4].

وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا فَلْيَرُدَّ إِلَى المَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ[5]، فَإِنْ فَقَدَهُمَا فَالْقَاضِي[6]، فَإِنْ فَقَدَهُ فَأَمِينٌ[7]، فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافَرَ ضَمِنَ[8]، فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِينًا يَسْكُنُ المَوْضِعَ لَمْ يَضْمَنْ فِي الأَصَحِّ[9].

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا ضَمِنَ[10] إِلاَّ إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ وَعَجَزَ عَمَّنْ

---

(١) لأن الله تعالى سماها أمانة حيث قال سبحانه: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولئلا ترغب الناس عنها، فكان موضوعها الأصلي الأمانة، وليست تبعًا كالرهن.

(٢) لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ولا يده، وسواء كان زوجته أو ولده أو عبده أو القاضي أو غيرهم.

(٣) لأنه نائب الشرع، ولأن أمانة القاضي أظهر من أمانته، والأصح أنه لا فرق وإن غاب المالك، لأنه قد لا يرضى به.

(٤) لجريان العادة بذلك كما لو استعان بسقي البهيمة.

(٥) ليخرج من العهدة.

(٦) لأنه نائب الغائب، ولكن إذا كان ثقة مأمونًا.

(٧) لئلاَّ يتضرر بتأخير، فيدفعها للأمين دفعًا للضرر عنه.

(٨) لأنه عرضها للضياع.

(٩) لأن ما في الموضع هو في يد ساكنه فكأنه أودعه إياه.

(١٠) وإن كان في بر آمن لأن حرز السفر دون حرز الحضر.

يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ[١] كَمَا سَبَقَ، وَالحَرِيقُ وَالْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ وَإِشْرَافُ الْحِرْزِ عَلَى الخَرَابِ أَعْذَارٌ كَالسَّفرِ[٢].

وَإِذَا مَرِضَ مَرَضًا مَخُوفًا فَلْيَرُدَّهَا إِلَى المَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ[٣]، وَإِلَّا فَالحَاكِمِ، أَوْ (1) أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا[٤]، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَ[٥]، إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً[٦].

وَمِنْهَا: إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحِلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الحِرْزِ ضَمِنَ[٧]، وَإِلَّا فَلَا[٨].

وَمِنْهَا: أَنْ لَا يَدْفَعَ مُتْلِفَاتِهَا[٩]، فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا

....

(1) خ المغني والسراج: أو إلى أمين.

---

(١) فلا يضمن لقيام العذر، بل يلزمه السفر بها في هذه الحالة لأن تلفها هنا محقق وفي السفر مظنون.

(٢) في جواز الإيداع عند غيره من غير ضمان عليه.

(٣) تعجيلاً لبراءة الذمة.

(٤) قياسًا على ما لو أراد السفر.

(٥) لأنه عرضها للفوات، إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه، وإن وجد خط مورثه لأنه كناية.

(٦) لانتفاء تقصيره، ومثله ما لو قتل غيلة، فلا يضمن لذلك.

(٧) لأنه عرضها للتلف، سواء أتلفت بسبب النقل أم لا، وسواء نهاه عن النقل، أم عين له تلك المحلة أم أطلق.

(٨) لعدم تفريطه حينئذٍ.

(٩) لوجوب الدفع مع القدرة، لأنه من حفظها الواجب.

ضَمِنَ[١]، فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ فَلاَ عَلَى الصَّحِيحِ[٢].

وَإِنْ أَعْطَاهُ المَالِكُ عَلَفًا عَلَفَهَا مِنْهُ، وَإِلاَّ فَيُرَاجِعُهُ [1] أَوْ وَكِيلَهُ[٣]، فَإِنْ فُقِدَا فَالحَاكِمُ[٤]، وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا لَمْ يَضْمَنْ فِي الأَصَحِّ[٥].

وَعَلَى المُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ الصُّوفِ لِلرِّيحِ كَيْلاَ يُفْسِدَهَا الدُّودُ، وَكَذَا لُبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا[٦].

وَمِنْهَا: أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ المَأْمُورِ وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ فَيَضْمَنُ[٧].

فَلَوْ قَالَ: لاَ تَرْقُدْ عَلَى الصُّنْدُوق فَرَقَدَ وَانْكَسَرَ بِثِقْلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ ضَمِنَ[٨]، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ فَلاَ عَلَى الصَّحِيحِ[٩]، وَكَذَا لَوْ قَالَ: لاَ تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ فَأَقْفَلَهُمَا[١٠].

....

(1) خ ط: فليراجعها.

---

(١) لوجوبه عليه لأنه من حفظها، وكذا يضمن أرش نقصها إن نقصت.

(٢) للإذن في إتلافها، فهو كما لو قال: اقتل دابتي فقتلها، لكن يعصي لحرمة الروح.

(٣) لينفق أو يستردها.

(٤) ليقترض عليه أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها.

(٥) لجري العادة بذلك.

(٦) لِتعبَق بها رائحة الآدمي فتدفع الدود، فإن لم يفعل ففسدت ضمن سواء أمره المالك أم لا، وهذا إذا تعين طريقًا لدفع الدود.

(٧) لحصول التلف من جهة مخالفته وتقصيره.

(٨) لمخالفته المؤدية إلى التلف.

(٩) لأنه زاد خيرًا ولم يأت التلف مما جاء به.

(١٠) لأنه زاد احتياطًا كما مر.

وَلَوْ قَالَ: ارْبِطِ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّكَ فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ فَتَلِفَتْ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ ضَمِنَ[(١)]؛ أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ فَلَا[(٢)]، وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلاً عَنِ الرَّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ[(٣)] وَبِالْعَكْسِ[(٤)] يَضْمَنُ[(٥)].

وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ الْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ لَمْ يَضْمَنْ[(٦)]، وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ[(٧)]، وَيَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ[(٨)].

وَإِنْ قَالَ احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ وَيُحْرِزْهَا فِيهِ، فَإِنْ أَخَّرَ بِلَا عُذْرٍ ضَمِنَ[(٩)].

وَمِنْهَا: أَنْ يُضَيِّعَهَا بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِ مِثْلِهَا[(١٠)]، أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهَا سَارِقًا أَوْ مَنْ يُصَادِرُ الْمَالِكَ[(١١)]، فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ

---

(١) لأنها لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب، فالتف حصل بالمخالفة.

(٢) لأن اليد أمنع له وأحرز من الربط، فقد احتاط بالحرز.

(٣) لأن الجيب أحرز.

(٤) وهو أن يربطها في الكم بدلاً عن قوله: اجعلها في جيبك.

(٥) لتركه الأحرز، إذ قد يرسل الكم فتسقط.

(٦) لأنه قد بالغ في الحفظ، إلاّ أن يكون الجيب واسعًا غير مزرور أو مثقوبًا فيضمن لسهولة تناولها باليد منه.

(٧) لأن اليد أحرز بالنسبة له.

(٨) لتقصيره.

(٩) لتفريطه حيث لم يبادر، وسواء تلفت في الطريق أم في البيت.

(١٠) لأن الودائع مأمور بحفظها في حرز مثلها، وإن قصد بذلك إخفاءها.

(١١) لأنه أتى بنقيض ما التزمه من الحفظ.

فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ[١] فِي الأَصَحِّ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الظَّالِمِ[٢].

وَمِنْهَا: أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً[٣]، أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا فَيَضْمَنُ[٤]، وَلَوْ نَوَى الأَخْذَ وَلَمْ يَأْخُذْ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ[٥].

وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ضَمِنَ[٦]، وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيسَيْنِ لِلْمُودِعِ ضَمِنَ فِي الأَصَحِّ[٧].

وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةً بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَبْرَأْ[٨]، فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ المَالِكُ اسْتِئْمَانًا بَرِئَ فِي الأَصَحِّ[٩]، وَمَتَى طَلَبَهَا المَالِكُ

---

(١) لمباشرته للتسليم، ولو مضطرًا، إذ لا يؤثر ذلك في ضمان المباشرة.

(٢) لاستيلائه عليها.

(٣) فيضمن لتعديه، بخلافه لنحو حفظه من الدود كما تقدم، وقد أخرج ذلك بقوله: خيانة، وكذا ما لو ركب ما لا ينقاد إلاَّ بالركوب.

(٤) وإن لم يلبس أو ينفق، لأن العقد أو القبض لما اقترن بنية التعدي صار كقبض الغاصب، فيضمن المثلي بمثله إن تلف، والمتقوِّم بأقصى قِيمَه وأجرة المثل، إن مضت مدة لمثلها أجرة.

(٥) لأنه لم يحدث فعلاً، ولا وضع يده تعديًا، لكنه يأثم.

(٦) لأن المودع لم يرض بذلك، فيضمن ضمان الغاصب، بأقصى قِيَمِ المتقوّم، ومثل المثليِّ ولدخولها في ملكه، بمجرد الخلط الذي لا يمكن فيه التمييز، أما لو تميزت بنحو سكة وعملة فلا يضمنها، إلاَّ إن نقصت بالخلط.

(٧) لمخالفته للغرض في التفريق.

(٨) قياسًا على ما لو جحدها ثم أقرَّ بها، فإنه يلزمه ردها فورًا.

(٩) لأنه أسقط حقه.

لَزِمَهُ الرَّدُّ[1] بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا[2]، فَإِنْ أَخَّرَ بِلاَ عُذْرٍ ضَمِنَ[3].

وَإِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَبًا أَوْ ذَكَرَ خَفِيًّا كَسَرِقَةٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[4]، وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِرًا كَحَرِيقٍ، فَإِنْ عُرِفَ الحَرِيقُ وَعُمُومُهُ صُدِّقَ بِلاَ يَمِينٍ[5]، وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[6]، وَإِنْ جُهِلَ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، ثُمَّ يُحَلَّفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ[7].

وَإِنِ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[8]، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ، أَوِ ادَّعَى وَارِثُ المُودَعِ الرَّدَّ عَلَى المَالِكِ، أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِينًا فَادَّعَى الأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى المَالِكِ طُولِبَ كُلٌّ بِبَيِّنَةٍ[9]، وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ المَالِكِ مُضَمِّنٌ[10].

* * *

(١) على الفور تعجيلاً لبراءة الذمة، ولا يجوز التأخير لإشهاد ولا نحوه، وإن سلمها له بإشهاد.

(٢) وليس عليه حملها.

(٣) لتعديه، بخلافه لعذر كصلاة وطهر وأكل ونوم ومرض ونحو ذلك.

(٤) إجماعًا كما في التحفة ٧/ ١٢٦، والنهاية ٦/ ١٣٠، لأن يده يد أمانة فلا يلزمه بيان السبب.

(٥) لأن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين.

(٦) لاحتمال ما ادعاه.

(٧) لاحتمال سلامتها، ولم يكلَّف ببينة على التلف لكونه مما يخفى فاكتفي فيه باليمين، فإن نكل حلف مالكها على نفي علمه بالتلف واستحق.

(٨) لأنه رضي بأمانته، فلم يحتج لإشهاد عليه به.

(٩) بالرد على من ذكره، لأن الأصل عدم الرد ولم يأتمنه.

(١٠) قياسًا على خيانته، بخلاف إنكارها من غير طلبه ولو كان بحضرته، لأن خفاءها أبلغ في حفظها.

كتاب قسم الفيء والغنيمة(١)

الْفَيءُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِلاَ قِتَالٍ، وَإِيْجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ، وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفًا، وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ، وَذِمِّيٍّ مَاتَ بِلاَ وَارِثٍ فَيُخَمَّسُ(٢)، وَخُمُسُهُ لِخَمْسَةٍ:

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قوله سبحانه: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر: ٧]، وقوله سبحانه: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١].
وحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لوفد عبد القيس: «آمركم بأربع وأنهاكم عن أربع: الإيمان بالله ــ ثم فسرها لهم ــ شهادة أن لا إله إلاَّ الله، وأني رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وأن تؤدوا إليَّ خمس ما غنمتم...» الحديث، أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة برقم ٥٢٣، ومسلم في الإيمان، باب الأمر بالإيمان بالله تعالى... برقم ٢٣ (١٧).
وحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أعطيتُ خمسًا لم يُعطَهنَّ أحد من الأنبياء قبلي: نُصرت بالرعب مسيرة شهر، وجُعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا، وأيُّما رجلٍ من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأُحِلَّت لي الغنائم، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصَّة وبُعثت إلى الناس كافة، وأعطيت الشفاعة».
أخرجه البخاري في الصلاة، باب قول النبي ﷺ: جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا، برقم ٤٣٨، ومسلم في المساجد برقم ٣ (٥٢١) واللفظ للبخاري.

(٢) لظاهر قول الله سبحانه وتعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الحشر: ٧]، فأطلق هنا وقيد في الغنيمة حيث =

أَحَدُهَا: مَصَالِحُ المُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ(١) وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ(٢) يُقَدَّمُ الأَهَمُّ (1).

وَالثَّانِي: بَنُو هَاشِمٍ وَالمُطَّلِبِ(٣) يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ وَالنِّسَاءُ(٤)،

. . . .

(1) خ ط والتحفة والنهاية: الأهم فالأهم.

= قال سبحانه: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١]، فحُمِل المطلق على المقيد جمعًا بينهما لاتحاد الحكم، وهو رجوع المال من المشركين إلى المسلمين، وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه، كما حملنا الرقبة في الظهار على المؤمنة في كفارة القتل.

وقال الماوردي بعدما استدل بآية الحشر السابقة: «فأضاف الله تعالى الفيء إلى رسوله كما أضاف الغنيمة إلى الغانمين، ثم استثنى من استثناه في سهم الغانمين، فوجب أن يكون إطلاق ما جعل له من الفيء محمولاً على المقدار المجهول لهم من الغنيمة وهو الخمس، ويكون الباقي بعده لمن أضاف المال إليه وهو الرسول ﷺ كما كان الباقي من الغنيمة لمن أضافها إليه وهم الغانمون...». اهـ. الحاوي الكبير ٨/ ٣٨٩.

(١) لأن حفظ الثغور حفظ المسلمين.

(٢) لئلا يتعطلوا بالاكتساب عن الاشتغال بهذه العلوم عن تنفيذ الأحكام وعن التعليم والتعلُّم، فيرزقون ما يكفيهم ليتفرغوا لذلك.

(٣) لقوله سبحانه: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الحشر: ٧]، دون إخوانهم بني عبد شمس ونوفل.

لحديث جُبير بن مطعم رضي الله عنه قال: مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله أعطيتَ بني المطلب وتركتنا، ونحن وهم منك بمنزلة واحدة، فقال رسول الله ﷺ: «إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد».

أخرجه البخاري في فرض الخمس، باب ومن الدليل على أن الخمس للإمام وأنه يعطي بعض قرابته دون بعض برقم ٣١٤٠. وفي مناقب قريش برقم ٣٥٠٢.

(٤) لإطلاق الآية، ولإعطائه ﷺ العباس رضي الله عنه وكان غنيًا.

وَيُفَضَّلُ الذَّكَرُ كالإِرْثِ[1].

وَالثَّالِثُ: الْيَتَامَى[2]، وَهُوَ صَغِيرٌ لاَ أَبَ لَهُ[3]، وَيُشْتَرَطَ فَقْرُهُ عَلَى المَشْهُورِ[4].

وَالرَّابِـعُ وَالخَامِسُ: المَسَاكِينُ وَابْنُ السَّبِيلِ[5]، وَيَعُمُّ الأَصْنَافَ الأَرْبَعَةَ المُتَأَخِّرَةَ[6]، وَقِيلَ: يَخُصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ[7].

وَأَمَّا الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ، وَهُمُ الأَجْنَادُ

---

(١) بجامع إنه استحقاق بقرابة الأب.

(٢) لِذِكْرهم في الآية السابقة.

(٣) أما كونه صغيرًا فلحديث علي بن أبـي طالب رضي الله عنه وكرم وجهه قال: حفظت عن رسول الله ﷺ: «لا يُتَم بعد احتلام، ولا صُماتَ يوم إلى الليل». يعني: لا سكوت.
أخرجه أبو داود في الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليُتم برقم ٢٨٧٣.
قال السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٤٦٩: أعلَّه غير واحد، وحسنه النووي متمسكًا بسكوت أبـي داود عليه، لا سيما وهو عند الطبراني في الصغير من وجه آخر عن علي، بل له شواهد عن جابر وأنس وغيرهما.
وأما كونه لا أب له، فلأن اليتم في بني آدم الذي دلت عليه الآية لا يكون إلَّا بفقد الأب، بخلاف الحيوان والطير، كما دل على ذلك الوضع والعرف.

(٤) لأن لفظ اليتيم يشعر بالفقر والحاجة.

(٥) للآية السابقة.

(٦) وهم ذوو القربى إلخ لظاهر الآية، فيجب استيعاب آحادهم غائبهم وحاضرهم، ويجوز التفاوت بين آحاد الصنف غير ذوي القربى، ويجعل ما في كل إقليم لساكنيه.

(٧) قياسًا على الزكاة، ونظرًا لمشقة النقل، ورُد بأن التَّشوُّف إلى الزكاة في محلها فقط، لأن الغالب أنه لا يفرقها إلاَّ المُلاَّك، بخلاف الفيء، لأن المفرق له الإمام أو نائبه.

الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ[1] فَيَضَعُ الإِمَامُ دِيوَانًا[2]، وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا[3]، وَيَبْحَثُ عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ وَمَا يَكْفِيهِمْ، فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ[4].

وَيُقَدَّمُ فِي إِثْبَاتِ الاِسْمِ وَالإِعْطَاءِ قُرَيْشًا[5]، وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ[6]، وَيُقَدِّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ[7] وَالْمُطَّلِبِ[8]، ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ[9]، ثُمَّ

---

(١) لأنها كانت لرسول الله ﷺ لحصول النصرة به بالرعب الذي خصه الله به، وذلك حاصل بالمقاتلين بعده المرصدين لها، وسمّوا مرصدين لأنهم رصدوا نفوسهم للذب عن الدين، وطلب الرزق من ماله تعالى، وخرج بهم المتطوعة، وهم الذين يغزون إذا نشطوا، فإنهم يعطون من الزكاة، دون الفيء، ولعمل الأولين على ذلك كما أفاده المحلي ٣/ ١٨٩.

(٢) اقتداء بسيدنا عمر رضي الله عنه فأنه أول من دوَّن الدواوين.

(٣) ليعرفه بأحوالهم، ويجمعهم عند الحاجة، ويسهل عليه ما يريده منهم، وقد قال ﷺ في شأن غزوة هوازن: «إنا لا ندري من أذن منكم في ذلك ممن لم يأذن، فارجعوا حتى يرفع إلينا عرفاؤكم أمركم»، فرجع الناس، فكلمهم عرفاؤهم، ثم رجعوا إلى رسول الله ﷺ فأخبروه أنهم قد طيبوا فأذنوا. . .» أخرجه البخاري في فرض الخمس برقم ٣١٣٢، من حديث عروة بن الزبير أن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه به.

(٤) من النفقة والكسوة، مراعيًا زمن الغلاء والرخص، وعادة المحل، والمروءة وغيرها ليتفرغ للجهاد.

(٥) لحديث الزهري مرسلاً: «قدموا قريشًا ولا تَقَدَّمُوها». أخرجه الشافعي في الأم ١/ ١٥٨، ١٦١، وجاء موصولاً من حديث عبد الله بن السائب وعلي بن أبي طالب وأنس بن مالك وجبير بن مطعم كما بينه الألباني في إرواء الغليل ٢/ ٢٩٥، ٢٩٧، وصححه.

(٦) أحد أجداد النبي ﷺ وهو الجد الثالث عشر، وسُمُّوا قريشًا، لتقرشهم أي تجمعهم، وذلك لشرفهم بقربهم من النبي ﷺ، وللحديث السابق.

(٧) لشرفهم بكون النبي ﷺ منهم، وسمي كذلك لأنه كان يهشم الثريد لقومه.

(٨) لأنه ﷺ قرنه بهم في الجاهلية والإسلام كما مر.

(٩) لأنه شقيق هاشم.

نَوْفَلٍ[1]، ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى[2]، ثُمَّ سَائِرِ الْبُطُونِ الأَقْرَبَ فَالأَقْرَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ[3]، ثُمَّ الأَنْصَارِ[4]، ثُمَّ سَائِرِ الْعَرَبِ[5]، ثُمَّ الْعَجَمَ[6] وَلاَ يُثْبِتُ فِي الدِّيْوَانِ أَعْمَى وَلاَ زَمِنًا وَلاَ مَنْ لاَ يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ[7].

وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرُجِيَ زَوَالُهُ أُعْطِيَ[8]، فَإِنْ لَمْ يُرْجَ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْطَى[9]، وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلاَدُهُ إِذَا مَاتَ[10] فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حَتَّى تَنْكِحَ[11] وَالأَوْلاَدُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا[12].

---

(١) لأنه أخوه لأبيه.

(٢) لأن السيدة خديجة أم المؤمنين رضي الله عنها منهم.

(٣) فيقدَّم منهم بعد من ذكر، بنو عبد الدار، ثم بنو زهرة بن كلاب لأنهم أخوال النبي ﷺ ثم بنو تيم لأن أبا بكر وعائشة رضي الله عنهما منهم وهكذا.

(٤) لآثارهم الحميدة في الإسلام، ويقدم الأوس منهم لأن منهم أخوال عبد المطلب جده ﷺ والأنصار كلهم من الأوس والخزرج، وهم أبناء حارثة بن ثعلبة بن عمرو بن عامر.

(٥) لشرفهم على غيرهم لكون النبي ﷺ بعث منهم.

(٦) معتبرًا فيهم النسب كالعرب، فإن لم يجتمعوا على نسب اعتبر ما يرونه أشرف.

(٧) لعجزهم عن الجهاد.

(٨) لئلا يرغب الناس عن الجهاد ويشتغلوا بالكسب، ولأن الإنسان لا يخلو من مُثلة فلا يسقط سهمه من أجله، ولأنه ما زال من أهل القتال.

(٩) لما سبق، ولأنه إذا بقي على الذريَّة فعلى نفسه أولى، ولكن يمحى اسمه من الديوان.

(١٠) لئلا يعرض الناس عن الجهاد إلى الكسب لإغناء عيالهم، فيعطون ولو لم يرج كونهم من المرتزقة.

(١١) لاستغنائها بالزوج حينئذٍ، أو تستغني بكسب أو نحوه، فإن لم تتزوج، استمرت إلى الموت.

(١٢) لأن الولد بالبلوغ صلح للجهاد، فلا يعطى لئلا يحمل على الاتكال، أما البنت فإنها تعطى حتى تستغني بكسب أو زوج.

فَإِنْ فَضَلَتِ الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ المُرْتَزِقَةِ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ(١).

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ وَالسِّلَاحِ وَالكُرَاعِ(٢)، هَذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيْءِ، فَأَمَّا [1] عَقَارُهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْعَلُ وَقْفًا، وَتُقْسَمُ غلَّتُهُ كَذَلِكَ(٣).

فَصْلٌ

الْغَنِيمَةُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّار بِقِتَالٍ وَإِيْجَافٍ، فَيُقَدَّمُ مِنْهُ [2] السَّلَبُ لِلْقَاتِلِ(٤)، وَهُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ وَالخُفُّ والرَّانُ(٥) وَآلَاتُ الْحَرْبِ كَدِرْعٍ وَسِلَاحٍ وَمَرْكُوبٍ وَسَرْجٍ وَلِجَامٍ وَكَذَا سِوَارٌ وَمِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ وَنَفَقَةٌ مَعَهُ وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ فِي الأَظْهَرِ(٦)، لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ(٧).

....

(1) خ ط: وأمَّا.

(2) سقطت كلمة: منه، من خ ط.

---

(١) لأنه حقهم، فيرد عليهم حسب الحاجة.

(٢) لأن ذلك معونة لهم.

(٣) لأنه أنفع لهم، أو تقسم أعيانه عليهم، أو يباع ويقسم ثمنه بينهم.

(٤) لحديث أبي قتادة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من قتل قتيلاً له عليه بيّنةٌ فله سَلَبُه». أخرجه البخاري في فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب برقم ٣١٤٢. ومسلم في الجهاد، باب استحباب سلب القتيل برقم ٤١ (١٧٥١)، ولأنه استحقه قبل الغنيمة.

(٥) وهو خف لا قدم له، يلبس للساق.

(٦) لاتصال هذه الأشياء به، مع احتياجه للجنيبة.

(٧) لانفصالها عنه وعن فرسه، مع عدم الاحتياج إليها.

وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِرُكُوبِ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ فِي حَالِ الحَرْبِ[١]، فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ، أَوْ مِنَ الصَّفِّ، أَوْ قَتَلَ نَائِمًا أَوْ أَسِيرًا، أَوْ قَتَلَهُ وَقَدِ انْهزمَ الْكُفَّارُ فَلاَ سَلَبَ[٢].

وَكِفَايَةُ شَرِّهِ أَنْ يُزِيلَ امْتِنَاعَهُ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ[٣]، وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ[٤] أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي الأَظْهَرِ[٥].

وَلاَ يُخَمَّسُ السَّلَبُ عَلَى المَشْهُورِ[٦].

وَبَعْدَ السَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا[٧]، ثُمَّ يُخَمَّسُ

---

(١) لأن النبي ﷺ أعطى سلب أبي جهل لمعاذ بن عمرو بن الجموح، وكان قد قتله هو ومعاذ بن عفراء، كما في صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب برقم ٣١٤١، ومسلم في الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل رقم ٤٢ (١٧٥٢) ولم يعط ابن مسعود رضي الله عنه ـ وكان قد حزَّ رقبته، فكان هو القاتل حقيقة ـ لأنهما صرعاه فجرحاه وكفَّاه عن القتال.

(٢) لأنه في مقابل الخطر والتغرير بالنفس وهو منتف في هذه الصور.

(٣) كما في قصة أبي جهل المشار إليها، وقصة أبي قتادة في ضربه الكافر على عاتقه كما في الصحيحين برقم ٣١٤٢، ١٧٥١، فدل على أن المناط كفاية شره.

(٤) لأن الأسر أبلغ من القطع، ولأن من قدر على الأسر فهو على القتل أقدر.

(٥) لأنه بذلك أزال معظم خطره كما لو فقأ عينيه، وفرض بقائه مع ذلك نادر.

(٦) للأحاديث السابقة، وحديث عوف بن مالك الأشجعي وخالد بن الوليد «أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب». أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في السلب لا يخمس برقم ٢٧٢١.

(٧) للحاجة إلى ذلك، ولكن لا يزيد على أجرة المثل، لأن القائد في المسلمين كالوالي في مال اليتيم.

الْبَاقِي فَخُمُسُهُ لأَهْلِ خُمُس الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ[1]، وَالأَصَحُّ أَنَّ النَّفَلَ يَكُونُ مِنْ خُمُس الخُمُس المُرْصَدِ لِلْمَصَالِـحِ[2] إنْ نَفَّلَ مِمَّا سَيَغْنَمُ فِي هَذَا الْقِتَالِ[3]، وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ المَصَالِـحِ الحَاصِلِ عِنْدَهُ[4].

وَالنَّفَلُ زِيَادَةٌ يَشْتَرِطُهَا الإمَامُ أَوِ الأَمِيرُ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةُ الْكُفَّارِ[5] وَيَجْتَهِدُ فِي قَدْرِهِ[6].

وَالأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ[7]، وَهُمْ مَنْ حَضَرَ

---

(١) لقوله الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١].

(٢) لما أخرج الشافعي في الأم ٤/ ١٤٣، أن سعيد بن المسيب قال: «كان الناس يعطون النفل من الخمس»، وأخرجه مالك في الموطأ ١/ ٣٠٣ وقال: وذلك أحسن ما سمعت إليّ في ذلك.

(٣) أي إنْ شرطه، واغتفرت فيه الجهالة للحاجة.

(٤) لأن ذلك من جملة المصالح، ويجب تعيينه حينئذٍ، ولا تغتفر الجهالة عنده.

(٥) هذا تعريف له، وهو أحد قسمي النفل، والثاني وهو أن يزيد الإمام من صدر منه أثر محمود في الحرب كبراز وحسن إقدام، وهو من سهم المصالح الذي عنده.

(٦) بحسب قلة العمل وخطره، لما روى حبيب بن مسلمة رضي الله عنه أن النبـي ﷺ نفَّل الربع في البداءة والثلث في الرجعة». أخرجه أبو داود في الجهاد، باب فيمن قال الخمس قبل النفل برقم ٢٧٤٩، وابن ماجه في الجهاد، باب في النفل برقم ٢٨٥١، وصححه ابن حبان كما في الموارد برقم ١٦٧٢؛ والحاكم في المستدرك ٢/ ١٣٣، وصححه ووافقه الذهبـي وإنما نقصوا في البداءة، لأنهم مستريحون لم يطل بهم السفر، ولأن الكفار في غفلة، ولأن الإمام من ورائهم يستظهرون به، والرجعة بخلافهم في كل ذلك.

(٧) لآية الغنيمة السابقة: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ...﴾ [الأنفال: ٤١]، حيث =

الْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ(١)، وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ(٢)، وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ المَالِ وَجْهٌ(٣).

وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالحِيَازَةِ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ(٤)، وَكَذَا بَعْدَ الانْقِضَاءِ وَقَبْلَ الحِيَازَةِ فِي الأَصَحِّ(٥)، وَلَوْ مَاتَ فِي الْقِتَالِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ(٦)، وَالأَظْهَرُ أَنَّ الأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَحِفْظِ أَمْتِعَةٍ [1]، وَالتَّاجِرَ، وَالْمُحْتَرِفَ، يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا(٧).

وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ(٨)، وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ

....

(1) نسخ الشروح عدا المحلى: الأمتعة.

= جعلت الخمس لخمسة وأبقت الأربعة الأخرى، فكانت للغانمين، وهو ما فعله النبي ﷺ في خيبر وسائر مغازيه.

(١) لما رواه الشافعي في الأم ٧/ ٣٤٢، أن أبا بكر رضي الله عنه كتب إلى زياد بن لبيد: «إنما الغنيمة لمن شهد الوقعة»، وفعل كذلك عمر رضي الله عنه، ولم يعرف لهما مخالف. ولأن المقصود تهيؤه للقتال، وحضوره المعركة، فإن تلك الحالة باعثة على القتال وإن لم يقاتل، إذ لو حضر القتال لم يتأخر عنه في الغالب، ولما في ذلك من تكثير سواد المسلمين.

(٢) لعدم شهود الوقعة.

(٣) أنه يعطى لأنه لحق قبل تمام الاستيلاء.

(٤) قياسًا على سائر الحقوق التي يستحقها في الحياة، فإنها تكون من جملة التركة.

(٥) لوجود المقتضي للتملك وهو انقضاء القتال.

(٦) لأن موته كان قبل الاستحقاق.

(٧) لشهودهم الوقعة وقتالهم.

(٨) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «قسم يوم خيبر للفرس سهمين =

عَرَبِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ[1]، لاَ لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ[2]، وَلاَ يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وَمَا لاَ غَنَاءَ فِيهِ[3]، وَفِي قَوْلٍ: يُعْطَى إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ[4].

وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالذِّمِّيُّ إِذَا حَضَروا فَلَهُمُ الرَّضْخُ[5]، وَهُوَ

= وللراجل سهمًا». أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة خيبر برقم ٤٢٢٨، ومسلم في الجهاد، باب كيف قسمة الغنيمة بين الغانمين برقم ٥٧ (١٧٦٢).

(١) لقول الشافعي في الأم ٨/ ٣٤٣، أحفظ عمَّن لقيت ممن سمعت منه من أصحابنا أنهم لا يسهمون إلاَّ لفرس واحد، قال: وبهذا آخذ، وروي بإسناد منقطع كما قال في التلخيص الحبير ٣/ ١٠٦، أن عبد الله بن الزبير بن العوام رضي الله تعالى عنهما. كان يضرب في المغنم بأربعة أسهم، سهم له، وسهمين لفرسه، وسهم في ذوي القربى سهم أمه صفية.

(٢) كالفيل والبغل لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل له بالكر والفر اللذين تحصل بهما النصرة، ولكن يرضخ لهم، ولا يبلغ به سهم فرس.

(٣) لعدم فائدته.

(٤) قياسًا على الشيخ الكبير إذا حضر، ورد بأن الشيخ الكبير ينتفع برأيه ودعائه.

(٥) أما العبد فلحديث عُميرٍ مولى آبي اللَّحم، قال: شهدت خيبر مع ساداتي فكلموا فيَّ رسول الله ﷺ وكلموه أني مملوك، قال: فأمرني فقلَّدت السيف فإذا أنا أجره، فأمر لي بشيء من خُرْثِيِّ المتاع...».
أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في المرأة والعبد يُحذيان من الغنيمة برقم ٢٧٣٠، والترمذي في السير، باب هل يسهم للعبد برقم ١٥٥٧، وقال: حسن صحيح.
وأما النساء فلقول ابن عباس في كتابه لنجدة الحروري: «قد كنَّ يحضرن الحرب مع رسول الله ﷺ فأما أن يضرب لهن بسهم فلا، وقد كان يرضخ لهن»، أخرجه أبو داود في الباب السابق برقم ٢٧٢٨، بل أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٣٧ (١٨١٢).
وأما الذمي فلما جاء عن الزهري مرسلاً أن النبي ﷺ أسهم لقوم من اليهود قاتلوا =

دُونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ الإِمَامُ فِي قَدْرِهِ[1]، وَمَحَلُّهُ الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ فِي الأَظْهَرِ[2].

قُلْتُ: إِنَّمَا يُرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بِلاَ أُجْرَةٍ، وَبِإِذْنِ الإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ[3]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

= معه»، أخرجه الترمذي في السير، باب ما جاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين هل يسهم له برقم ١٥٥٨، وقال عنه: حسن غريب. وأما الصبي فقياسًا على ما ذكر.

(١) لأنه لم يرد فيه تحديد من الشارع، فرجع فيه إلى رأيه، ويُفاوِتُ على قدر نفع المرضخ له.

(٢) لأنه سهم من الغنيمة بسبب استحقاق حضور الوقعة.

(٣) لأنه إذا لم يأذن له يكون متهمًا بموالاة أهل الذمة، ونحوهم، فللإمام أن يعزره إن رأى ذلك بما يراه رادعًا.

وإن حضر بأجرة، فقد استحق الأجرة، فلا يستحق شيئًا بعدها.

كتاب قَسْم الصدقات[1]

الْفَقِيرُ: مَنْ لاَ مَالَ لَهُ وَلاَ كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ حَاجَتِهِ[2]، وَلاَ يَمْنَعُ الْفَقْرَ مَسْكَنُهُ وَثِيَابُهُ[3] وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ، وَالْمُؤَجَّلُ[4]

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ۖ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [التوبة: ٦٠]، فدلت الآية بأسلوب الحصر على أنها لا تصرف لغير هؤلاء. وسميت صدقات لإشعارها بصدق باذلها.

وحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ لما بعثه إلى اليمن: «أخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تُؤخذ من أغنيائهم فتردُّ على فقرائهم، فإن هم أطاعوا لك بذلك فإياك وكرائمَ أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب» الحديث، متفق عليه وقد تقدم في ١/ ١٤٧.

(٢) وهو ما لا بد له منه على ما يليق بحاله، وذلك كمن يحتاج إلى عشرة ولا يجد إلاّ أربعة وذلك لحديث عبيد الله بن عدي بن الخيار قال: أخبرني رجلان أنهما أتيا النبـي ﷺ في حَجة الوداع، وهو يقسم الصدقة فسألاه منها فرفع فينا البصر وخفّضه، فرآنا جَلْدين فقال: «إن شئتما أعطيتكما ولا حظَّ فيها لغنيٍّ ولا لقويّ مكتسب».

أخرجه أبو داود في الزكاة، باب من يعطى من الصدقات وحد الغني برقم ١٦٣٣، والنسائي ٥/ ٩٩، والدارقطني ٢/ ١١٩، وأحمد في المسند ٥/ ٣٦٢، ونقل الحافظ في التلخيص ٣/ ١٠٨ عن أحمد قوله: ما أجوده من حديث وصححه المصنف في شرح المهذب ٦/ ١٨٩.

(٣) لحاجته إليه.

(٤) لأنه الآن معسر، بدليل جواز طلب المرأة فسخ النكاح إذا كان ماله غائبًا هذه المسافة.

وَكَسْبٌ لاَ يَلِيقُ بِهِ[(١)]، وَلَوِ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ فَفَقِيرٌ[(٢)]، وَلَوِ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ فَلاَ[(٣)].

وَلاَ يُشْتَرَطُ فِيهِ الزَّمَانَةُ، وَلاَ التَّعَفُّفُ عَنِ المَسْأَلَةِ عَلَى الجَدِيدِ[(٤)]، وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا فِي الأَصَحِّ[(٥)].

وَالْمِسْكِينُ: مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ وَلاَ يَكْفِيهِ[(٦)].

---

(١) لأنه حينئذٍ كالعدم، إذ لم يكلفه الشرع هذا الكسب.

(٢) لأنه لو أقبل على الكسب لانقطع عن تحصيل العلم، وهو فرض كفاية، ونفعه بعد ذلك عام غير قاصر.

(٣) لأن مصلحة عبادته قاصرة عليه بخلاف المشتغل بالعلم، وحكى في المجموع ٦/ ١٩١، الاتفاق عليه وسواء فيه الصوفي وغيره.

(٤) لقوله سبحانه: ﴿لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ﴾ [المعارج: ٢٥]﴾، والمحروم هو غير السائل، ولأنه ﷺ كان يقسم الصدقات فيعطي من سأل ومن لم يسأل، والزَّمِن وغيرَه، كما هو معهود من أحواله ﷺ في عطائه.

(٥) لأنه غير محتاج كالمكتسب كل يوم قدر كفايته.

(٦) كمن يحتاج إلى عشرة ولا يجد إلاَّ سبعة أو ثمانية، فهو أحسن حالاً من الفقير، والدليل على ذلك أن الله تعالى بدأ بالفقراء، والعرب لا تبدأ إلاَّ بالأهم فالأهم، فدل على أن الفقير أمس حاجة ولقوله سبحانه: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ﴾ [الكهف: ٧٩]، حيث سمى مالكيها مساكين وهم يملكون سفينة، فدل على أن المسكين يملك شيئًا يقع موقعًا من كفايته، والمراد بالكفاية هنا كفاية العمر الغالب لا سنة فحسب، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ليس المسكين بهذا الطواف الذي يطوف على الناس فترده اللقمة واللقمتان والتمرة والتمرتان». قالوا: فما المسكين يا رسول الله؟ قال: «الذي لا يجد غنى يغنيه، =

وَالْعَامِلُ: سَاعٍ وَكَاتِبٌ وَقَاسِمٌ وَحَاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوِي الأَمْوَالِ[1]، لاَ الْقَاضِي وَالْوَالِي[2].

وَالمُؤَلَّفَةُ: مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ، أَوْ لَهُ شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلاَمُ غَيْرِهِ، وَالمَذْهَبُ أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ[3].

= ولا يفطن له فيتصدق عليه، ولا يسأل الناس شيئًا».

أخرجه البخاري في التفسير برقم ٤٥٣٩، ومسلم في الزكاة برقم ١٠١ (١٠٣٩)، قال البيهقي في الكبرى ٧/ ١١، فيه كالدلالة على أن المسكين هو الذي ليس له غنى يغنيه، لكن له بعض الغنى، فيكتفي به، ويتعفف عن السؤال.

(١) لصدق اسم العامل على الجميع.

(٢) لأن عملهما عام، ولأن رزقهم إذا لم يتطوعوا بالعمل في خمس الخمس المرصد للمصالح العامة، ولما أخرج البيهقي في الكبرى ٧/ ١٤، عن زيد بن أسلم قال: شرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لبنًا فأعجبه، فسأل الذي سقاه من أين لك هذا اللبن؟ فأخبره أنه ورد على ماء قد سماه، فإذا نَعَمٌ من نعم الصدقة وهم يسقون فحلبوا لي من ألبانها فجعلته في سقائي هذا قال: فأدخل عمر رضي الله عنه أصبعه في فيه واستقاءه».

(٣) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠]، فإذا لم يعط من ذكر لم يكن للآية محمل وقد كان النبي ﷺ يعطي المؤلفة قلوبهم كما روى رافع بن خديج رضي الله عنه قال: «أعطى رسول الله ﷺ أبا سفيان بن حرب، وصفوان بن أميّة وعيينة بن حصن والأقرع بن حابس كلَّ إنسان منهم مائة من الإبل، وأعطى عباس بن مرداس دون ذلك، فقال عباس:

أتجعل نهبي ونهب العبيد ... دون عيينة والأقرع؟

الأبيات... فأتم له رسول الله ﷺ المائة. أخرجه مسلم في الزكاة، باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام برقم ١٣٧ (١٠٦٠)، ولحديث صفوان بن أمية رضي الله عنه قال: «لقد أعطاني ـ رسول الله ـ ما أعطاني وإنه لأبغض الناس إليَّ =

وَالرِّقَابُ: المُكَاتِبُونَ[(١)].

وَالْغَارِمُ: إِنِ اسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِيَ[(٢)].

قُلْتُ: الأَصَحُّ يُعْطَى إِذَا تَابَ[(٣)]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، والأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ[(٤)] دُونَ حُلُولِ الدَّيْنِ[(٥)].

قُلْتُ: الأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ[(٦)]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أَوْ لإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ أُعْطِيَ مَعَ الْغِنَى[(٧)]، وَقِيلَ: إِنْ

= فما برح يعطيني حتى إنه لأحب الناس إليَّ». أخرجه مسلم في الفضائل، باب ما سئل رسول الله ﷺ شيئًا فقال: لا، برقم ٢٣١٣.

(١) كتابة صحيحة، كما فسر بهم الآية أكثر العلماء خلافًا لمالك وأحمد حيث قالا: هم أرقاء يشترون ويعتقون.

(٢) لأنه غرم في مباح، بخلاف ما لو استدان لمعصية كالخمر أو الإسراف في النفقة فلا يعطى لأنه يكون عونًا له على المعصية.

(٣) لأن التوبة قطعت حكم ما قبلها، فصار النظر إلى حال وجودها، قياسًا على المسافر لمعصية إذا تاب فإنه يعطى من سهم ابن السبيل.

(٤) لعموم الآية ﴿وَٱلْغَـٰرِمِينَ﴾.

(٥) لأنه يسمى الآن مدينًا.

(٦) لعدم حاجته إليه الآن، واحتمال أن يتلفه فيبقى غارمًا كما كان.

(٧) لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْغَـٰرِمِينَ﴾ [التوبة: ٦٠] وتشجيعًا لهم وإلاَّ لامتنع الناس من هذه المكرمة، ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني إلاَّ لخمسة: العامل عليها، أو الغازي في سبيل الله، أو غني اشتراها بماله، أو فقير تُصِدِّق عليه فأهداها لغني، أو غارم».
أخرجه أبو داود في الزكاة، باب من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني برقم ١٦٣٥، وابن ماجه في الزكاة، باب من تحل له الصدقة برقم ١٨٤١، والحاكم في =

كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ فَلَا[1].

وَسَبِيلُ اللَّهِ تعالَى: غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ فَيُعْطَوْنَ مَعَ الْغِنَى[2].

وَابْنُ السَّبِيلِ: مُنْشِيءُ سَفَرٍ أَوْ مُجْتَازٌ، وَشَرْطُهُ الحَاجَةُ وَعَدَمُ المَعْصِيَةِ[3].

وَشَرْطُ آخِذِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الإِسْلَامُ[4]، وَأَنْ لَا يَكُونَ هَاشِمِيًّا وَلَا مُطَّلِبِيًّا[5]، وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الأَصَحِّ[6].

= المستدرك ١/ ٤٠٧، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي، وقال عنه المصنف في شرح المهذب ٦/ ٢٠٦، حسن أو صحيح.

(١) لأنه ليس في صرفه إلى الدين ما يهتك المروءة، ورد بأن الملحظ هنا الحمل على مكارم الأخلاق، المقتضي عدم الفرق.

(٢) لعموم الآية: ﴿فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وإعانة لهم على الغزو، ولكن لا حظَّ لهم في الفيء ولا في الزكاة.

(٣) لئلا يكون عونًا له على المعصية.

(٤) لحديث ابن عباس السابق: «تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم».

(٥) لحديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن النبي ﷺ قال: «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس...».
أخرجه مسلم في الزكاة، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ برقم ١٦٧ (١٠٧٢)، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: أخذ الحسن بن علي تمرة من تمر الصدقة فجعلها في فيه، فقال رسول الله ﷺ: «كِخ كخ، ارم بها، أمَا علمت أنا لا نأكل الصدقة».
أخرجه البخاري في الزكاة،، باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ برقم ١٤٩١، ومسلم في الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله برقم ١٦١ (١٠٦٩).
لكن رأى كثير من المتأخرين جواز صرفها لهم الآن، حيث لم يعد لهم خمس الخمس، وحتى لا يسلموا للضعف والحاجة، وقد بينت ذلك بأدلته في الفتاوى الشرعية ١/ ٩٨-٩٩.

(٦) لحديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مولى القوم من أنفسهم».
أخرجه البخاري في الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم برقم ٦٧٦١.

فَصْلٌ

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ الإِمَامُ اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ عَمِلَ بِعِلْمِهِ[١]، وَإِلاَّ فَإِنْ ادَّعَى فَقْرًا أَوْ مَسْكَنَةً لَمْ يُكَلَّف بيِّنَةً[٢]، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلَفَهُ كُلِّفَ[٣]، وَكَذَا إِنِ ادَّعَى عِيَالاً فِي الأَصَحِّ[٤].

وَيُعْطَى غَازٍ وَابْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا[٥]، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا اسْتُرِدَّ[٦].

وَيُطَالَبُ عَامِلٌ وَمُكَاتِبٌ وَغَارِمٌ بِبَيِّنَةٍ[٧]، وَهِيَ: إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ[٨]، وَيُغْنِي عَنْهَا الاِسْتِفَاضَةُ[٩]، وَكَذَا تَصْدِيقُ رَبِّ الدَّيْنِ[١٠] وَالسَّيِّدِ[١١] فِي الأَصَحِّ[١٢]، وَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالمِسْكِينُ كِفَايَةَ سَنَةٍ[١٣].

---

(١) فيعطى من علم استحقاقه دون غيره.

(٢) لحديث عبيد الله بن عدي بن الخيار في قصة الرجلين الذين قال لهما النبي ﷺ: «إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب»، وقد تقدم ص ٣٩٩ ولأن البينة على ذلك عسيرة، وأمر الزكاة مبناه على المساهلة، إذ ليس فيها إضرار بالغير.

(٣) لأن الأصل بقاؤه، وسواء ادعى سببًا ظاهرًا أم خفيًا، ولسهولة ذلك غالبًا.

(٤) لسهولة البينة على ذلك، ولأن الأصل عدمهم.

(٥) لأنه لأمر مستقبل، ولكن لا يعطيان إلاَّ عند الخروج ليتهيآ له.

(٦) لأن صفة الاستحقاق لم تحصل.

(٧) لسهولتها بما ادعاه.

(٨) أو عدل وامرأتين كسائر الشهادات التي تقبل فيها النساء، ولا يشترط لفظ «أشهد».

(٩) لحصول الظن بها.

(١٠) في الغارم.

(١١) في المكاتب.

(١٢) لظهور الحق بالإقرار والتصديق ولا نظر لاحتمال التواطؤ، لأنه خلاف الغالب.

(١٣) لتكرر الزكاة كل سنة، فتحصل بها الكفاية.

قُلْتُ: الأَصَحُّ المَنْصُوصُ وَقَوْلُ الجُمْهُورِ كِفَايَةَ الْعُمْرِ الْغَالِبِ[١] فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ[٢]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَالْمُكَاتَبُ وَالْغَارِمُ قَدْرَ دَيْنِهِ[٣]، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُوَصِّلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعَ مَالِهِ[٤]، وَالْغَازِي قَدْرَ حَاجَتِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً ذَاهِبًا [1] وَرَاجِعًا وَمُقِيمًا هُنَاكَ[٥] وَفَرَسًا وَسِلاَحًا[٦]، وَيَصِيرُ ذَلِكَ مِلْكًا لَهُ[٧]، وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلاِبْنِ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلاً أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لاَ يُطِيقُ المَشْيَ[٨]، وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ[٩] إِلاَّ أَنْ يَكُونَ قَدْرًا يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ[١٠].

وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ يُعْطَىٰ بِإِحْدَاهِمَا فَقَطْ فِي الأَظْهَرِ[١١].

. . . .

(1) خ س: ذهابًا.

---

(١) لأن القصد إغناؤه، حتى يصبح ممن تجب عليه الزكاة، ولا يحصل إلاَّ بذلك، فإن زاد عمره عليه أعطي سنة بسنة.

(٢) ليستغنى عن الزكاة بذلك.

(٣) لأن الدفع لهما للحاجة، فلو كان معهما وفاء لبعضه أعطي التتمة فقط.

(٤) لاندفاع حاجته بذلك.

(٥) وإن طالت الإقامة لبقاء اسم الغزو مع الطول.

(٦) لحاجته إليه.

(٧) لأنه ملك الثمن فاشتراه، وكذا لو دفعها إليه الإمام على جهة التملك.

(٨) دفعًا لضرورته، بخلاف ما إذا قصر وهو قوي على المشي.

(٩) لحاجته إليه.

(١٠) لانتفاء الحاجة حينئذٍ.

(١١) لأن عطف بعض المستحقين على بعض في الآية يقتضي التغاير.

فَصْلٌ

يَجِبُ اسْتِيعَابُ الأَصْنَافِ إِنْ قَسَّمَ الإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ[١]، وَإِلاَّ فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ[٢] فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ فَعَلَى المَوْجُودِينَ[٣].

وَإِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ اسْتَوْعَبَ مِنَ الزَّكَوَاتِ الحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ[٤]، وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ المَالِكُ إِنِ انْحَصَرَ المُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَى بِهِمُ المَالُ[٥]، وَإِلاَّ فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلاَثَةٍ[٦].

وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الأَصْنَافِ[٧]، لاَ بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ[٨]، إِلاَّ أَنْ

---

(١) لظاهر الآية: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ﴾ [التوبة: ٦٠]، حيث جعلت الأصناف الثمانية متساوين في الاستحقاق، ولحديث زياد بن الحارث الصدائي أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء، فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك».
أخرجه أبو داود في الزكاة، باب من يعطى من الصدقة وحدّ الغني برقم ١٦٣٠، وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي هو ضعيف.

(٢) لسقوط سهم العامل.

(٣) لأن المعدوم لا سهم له.

(٤) لأنه لا يتعذر عليه الاستيعاب.

(٥) لسهولته عليه حينئذٍ.

(٦) لأنهم ذكروا في الآية بلفظ الجمع إلاّ ابن السبيل وأقله ثلاثة.

(٧) لأن ذلك هو قضية الجمع بينهم بواو التشريك الذي ذكر في الآية وسواء أقسم المالك أم العامل، وإن كانت حاجة بعضهم أشد.

(٨) لعدم انضباط الحاجات التي من شأنها التفاوت، فإن تساوت حاجاتهم ندب التساوي.

يُقسِّمَ الإِمَامُ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الحَاجَاتِ[١].

وَالأَظْهَرُ مَنْعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ[٢] وَلَوْ عُدِمَ الأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ وَجَبَ النَّقْلُ[٣]، أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ وَجَبَ[٤]، وَإِلَّا فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ[٥]، وَقِيلَ: يُنْقَلُ[٦].

وَشَرْطُ السَّاعِي كَوْنُهُ حُرًّا عَدْلاً[٧] فَقِيهًا بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ[٨]، فَإِنْ عُيِّنَ

---

(١) لأن عليه التعميم فكذا التسوية مراعاة للعدل بخلاف المالك، ولأنه نائبهم كلهم، فلا يفاوت بينهم عند تساوي حاجاتهم.

(٢) لحديث ابن عباس السابق في شأن معاذ لما بعثه إلى اليمن وفيه: «تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم». إذ الضمير يحتمل أن يراد به أهل البلد، وأن يراد به عموم المسلمين. فحمله الشافعي على أهل البلد لعموم الأدلة الأخرى التي دلت على أنها كانت تقسم حيث تجبى، ويبعث بالباقي إلى المدينة.
ولامتداد أطماع مستحقي كل محل إلى ما فيه من الزكاة، والنقل يوحشهم.
ومقابل الأظهر جوازه لإطلاق الآية، وعدم تمحض الحديث للاستدلال بوجود الاحتمال، قياسًا على نقل الوصية والكفارات والنذر.
ونقل هذا القول عن أكثر العلماء وانتُصِر له كما في النهاية ٧/ ١٦٧.

(٣) لتعينه حينئذٍ حيث لم يوجدوا، وهل يتعين الأقرب فالأقرب؟ فيه الخلاف السابق.

(٤) لما ذكر.

(٥) لانحصار الاستحقاق فيهم، وهذا إن نقص نصيبهم عن كفايتهم، فإن لم ينقص نقل لذلك الصنف بأقرب بلد إليهم.

(٦) للنص على استحقاقهم، ، فيقدم على رعاية المكان الناشئة عن الاجتهاد. ورد بأن النص لو سلم عمومه، كان عمومه في الأمكنة خلاف فليس صريحًا في محل النزاع.

(٧) لأنها ولاية، وليس من ذوي القربى ولا مواليهم ولا من المرتزقة.

(٨) ليعرف ما يأخذه ومن يدفع له.

لَهُ أَخْذٌ وَدَفْعٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْفِقْهُ[(١)] وَلْيُعْلِمْ شَهْرًا لأَخْذِهَا[(٢)].

وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيْءِ[(٣)] فِي مَوْضِعٍ لاَ يَكْثُرُ شَعْرُهُ[(٤)]، وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ.

قُلْتُ: الأَصَحُّ يَحْرُمُ [(1)]، وَبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيُّ[(٥)]، وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ لَعْنُ فَاعِلِهِ[(٦)]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

. . . .

(1) خ ط والتحفة والنهاية: تحريمه.

---

(١) لأنها حينئذ سفارة، فلا يشترط الفقه ولا الحرية ولا الذكورة.

(٢) ليتهيأ أرباب الأموال لدفعها، والمستحقون لقبضها. ولما جاء عن عثمان رضي الله كما تقدم ذكره ١/ ٤٠٧.

(٣) اتباعًا له ﷺ كما روى أنس رضي الله عنه قال: غدوت إلى النبـي ﷺ بعبد الله بن أبـي طلحة فوافيته بيده الميسم يسم إبل الصدقة»، قال شعبة كما في رواية للبخاري: حسبته قال: «في آذانها». أخرجه البخاري في الزكاة، باب وسم الإمام إبل الصدقة برقم ١٥٠٢، وفي الذبائح برقم ٥٥٤٢، ومسلم في اللباس والزينة، باب النهي عن ضرب الحيوان في وجهه ووسمه فيه برقم ١٠٩ (٢١١٩).
وذلك لتتميز عن غيرها، ويردها واجدها لو شردت أو ضلَّت، ليعرفها المتصدق حتى لا يشتريها لأنه مكروه. والحديث وإن كان في الإبل فقد قيس عليها غيرها للعلة الجامعة.

(٤) لرواية شعبة السابقة.

(٥) في التهذيب كما في مغني المحتاج ٣/ ١٢٠.

(٦) أخرجه في اللباس، باب النهي عن ضرب الحيوان في وجهه ووسمه فيه برقم ١٠٧ (٢١١٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبـي ﷺ مرَّ عليه حمار قد وسم في وجهه فقال: «لعن الله الذي وسمه».
وأخرج كذلك عنه رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الضرب في الوجه وعن الوسم في الوجه». أخرجه في الباب السابق برقم ١٠٦ (٢١١٦).

فَصْلٌ

صَـــدَقَـــةُ التَّطَـــوُّعِ سُنَّـــةٌ(١): وَتَحِـــلُّ لِغَنِـــيٍّ، وَكَـــافِـــرٍ(٢)، وَدَفْعُهَـــا سِـــرًّا(٣)، وَفِـــي رَمَضَـــانَ(٤)، وَلِقَـــرِيـــبٍ(٥) وَجَـــارٍ

---

(١) للدلائل المتكاثر على ذلك في الكتاب والسنة، منها قول الله تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَـٰعِفَهُۥ لَهُۥٓ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾ [البقرة: ٢٤٥].
وقوله سبحانه: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنفِقُوا۟ مِمَّا رَزَقْنَـٰكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِىَ يَوْمٌ لَّا بَيْعٌ فِيهِ وَلَا خُلَّةٌ وَلَا شَفَـٰعَةٌ ۗ وَٱلْكَـٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٥٤]، إلى غير ذلك من الآيات.
ومن السنة حديث أبي هريرة رضي الله عنه في السبعة الذين يُظِلُّهم الله في ظله يوم لا ظل إلاَّ ظله وفيهم: «ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه»، كما أخرجه البخاري في الأذان، باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة برقم ٦٦٠، ومسلم في الزكاة، باب إخفاء الصدقة برقم ٩١ (١٠٣١)، والأحاديث في الباب كثيره معلومة.

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «في كل كبد رطبة أجر». أخرجه البخاري في الأدب، باب رحمة الناس والبهائم برقم ٦٠٠٩، ومسلم في السلام باب فضل سقي البهائم المحترمة برقم ١٥٣ (٢٢٤٤).

(٣) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِن تُبْدُوا۟ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ۚ﴾ [البقرة: ٢٧١]، وحديث أبي هريرة السابق في الرجل الذي تصدق بصدقة فأخفاها.

(٤) لكثرة الأجر فيه إذ النافلة فيه كالفرض في غيره، والفرض فيه كسبعين فرضًا فيما سواه كما ورد في صحيح ابن خزيمة. من حديث سلمان الفارسي ٣/ ١٩١ وقال: إن صح الخبر.
ولأن الفقراء فيه يضعفون ويعجزون عن الكسب بسبب الصوم، ولأن النبي ﷺ كان يجود فيه أكثر من غيره، كما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «كان رسول الله ﷺ أجود الناس وكان أجود ما يكون في شهر رمضان حين يلقاه جبريل». أخرجه البخاري في الصيام، باب أجود ما كان النبي ﷺ في رمضان برقم ٣٥٥٤، ومسلم في الفضائل، باب كان النبي ﷺ أجود بالخير من الريح المرسلة برقم ٥٠ (٢٣٠٨).

(٥) لحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «اليد العليا خير من اليد =

أَفْضَلُ[1]، وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ وَلَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ لاَ يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ[2].

قُلْتُ: الأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ أَوْ لِدَيْنٍ لاَ يَرْجُو لَهُ وَفَاء[3]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

= السُّفلى، وابدأ بمن تعول، وخير الصدقة عن ظهر غِنَى، ومن يستعفَّ يعفّه الله، ومن يستغن يغنه الله». أخرجه البخاري في الزكاة، باب لا صدقة إلاَّ عن ظهر غنى برقم ١٤٢٧، ومسلم في الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى برقم ٩٥ (١٠٣٤).

(١) لحديث عائشة رضي الله عنها، قالت: قلت يا رسول الله إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: «إلى أقربهما منك بابًا». أخرجه البخاري في الشفعة باب أي الجوار أقرب برقم ٢٢٥٩.

(٢) تقديمًا للأهم على المهم، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول».
أخرجه البخاري في الزكاة، باب لا صدقة إلاَّ عن ظهر غنى برقم ١٤٢٦، وحديث حكيم بن حزام السابق.

(٣) لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «كفى بالمرء إثمًا أن يحبس عمَّن يملك قوته». أخرجه مسلم في الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك برقم ٤٠ (٩٩٦)، وأبو داود في الزكاة، باب في صلة الرحم برقم ١٦٩٢، ولفظه: «كفى بالمرء إثمًا أن يضيع من يقوت».
ولأن نفقة من تلزمه نفقته من ولد ووالد ونحوهما، وقضاء الديون المستحقة واجب، والواجب لا يجوز تركه لسنة، فإن رجا وفاءه من جهة أخرى جاز التصدق حينئذٍ.

وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا إِنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ اسْتُحِبَّ[1]، وَإِلَّا فَلَا[2].

* * *

---

(١) لأن الصِّدِّيق رضي الله عنه تصدق بجميع ماله وقبله منه النبي ﷺ كما في قصة مسابقته عمر رضي الله عنه الحديث..
أخرجه أبو داود في الزكاة برقم ١٦٧٨، والترمذي في المناقب، باب مناقب أبي بكر برقم ٣٦٧٥، وصححه.

(٢) لحديث أبي هريرة وحديث حكيم بن حزام السابقين: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى».

كتاب النكاح(١)

هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ يَجِدُ أُهْبَتَهُ(٢)، فَإِنْ فَقَدَهَا اسْتُحِبَّ تَرْكُهُ(٣)، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِالصَّوْمِ(٤)، فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ كُرِهَ إِنْ فَقَدَ الأُهْبَةَ(٥)، وَإِلاَّ فَلاَ(٦)، لَكِنِ الْعِبَادَةُ أَفْضَلُ(٧).

---

(١) الأصل في حله قبل الإجماع الكتاب والسنَّة، ومن الكتاب قوله سبحانه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣]، وقوله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

ومن السنَّة حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغَضُّ للبصر وأحصنُ للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وِجاء».

أخرجه البخاري في النكاح، باب قول النبي ﷺ: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج» برقم ٥٠٦٥، ومسلم في النكاح، باب استحباب النكاح برقم ١ (١٤٠٠).

(٢) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه السابق.

(٣) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٣].

(٤) للحديث السابق «ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وِجاء».

(٥) لالتزامه ما لا يقدر عليه بلا حاجة.

(٦) لقدرته عليه، ولأن مقاصده لا تنحصر في الوطء بل لغير ذلك من أنس وخدمة ونحوهما.

(٧) اهتمامًا بشأنها، ولكن هذا إن كان النكاح يقطعه عنها، ومن العبادة طلب العلم الشرعي. ولذلك اختار كثير من العلماء ومنهم المصنف العزوبةَ.

قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ فالنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي الأَصَحِّ[١]، فَإِنْ وَجَدَ الأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ أَوْ تَعْنِينٍ كُرِهَ[٢]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ[٣] بِكْرٌ[٤] نَسِيبَةٌ[٥] لَيْسَتْ قَرَابَةً قَرِيبَةً[٦]، وَإِذَا قَصَدَ نِكَاحَهَا سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْخِطْبَةِ[٧] وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ[٨]، وَلَهُ تَكْرِيرُ

---

(١) لئلا تفضي به البطالة إلى الفواحش. لأن النفس إذا لم تشغل بالحق شغلت بالباطل.

(٢) لعدم حاجته مع عدم تحصين المرأة المؤدي غالبًا إلى فسادها.

(٣) لحديث أبـي هريرة رضي الله عنه عن النبـي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك».
أخرجه البخاري في النكاح، باب الكفاءة في الدين برقم ٥٠٩٠، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين برقم ٥٣ (١٤٦٦).

(٤) لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبـي ﷺ قال له وقد تزوج ثيبًا: «فهلاً جارية تلاعبها وتلاعبك؟».
أخرجه البخاري في النكاح، باب تزويج الثيبات برقم ٥٠٧٩، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين برقم ٥٤ (٧١٥).

(٥) لحديث أبـي هريرة السابق: «وحسبها».

(٦) لضعف الشهوة في القريبة فيجيء الولد نحيفًا أو مريضًا كما أثبت ذلك الطب والواقع قديمًا وحديثًا، وإن لم يدرك الولد فإنه يدرك نسله وإن سفل.

(٧) لحديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه خطب امرأة فقال له النبـي ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يُؤدم بينكما».
أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة برقم ١٠٨٧ وقال: حديث حسن، وأخرجه النسائي في النكاح باب إباحة النظر قبل التزويج ٦٩/٦، وابن ماجه في النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها برقم ١٨٦٦، وصححه البوصيري في المصباح برقم ٦٧١، ٣٢٨/١.

(٨) اكتفاءًا بإذن الشارع، ولها أن تنظر إليه كذلك لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب =

نَظَرِهِ[(١)] وَلاَ يَنْظُرُ غَيْرَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ[(٢)].

وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِـغٍ إِلَى عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ[(٣)] وَكَذَا وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا [(1)] عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ[(٤)]، وَكَذَا عِنْدَ الأَمْنِ عَلَى الصَّحِيحِ[(٥)].

....

(1) خ أ ونسخ الشروح عدا المغني والسراج: وكفُّها، بالإفراد.

= الرجل، ولهذا جاء عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم، فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهنَّ».

(١) ليتبين هيئتها فلا يندم بعد النكاح، إذ لا يحصل الغرض غالبًا بأول نظرة فيباح له ولو أكثر من ثلاث، ما دام يظن أن له حاجةً إلى النظر لعدم إحاطته بأوصافها.

(٢) لأنهما مواضع ما يظهر من الزينة المشار إليها بقوله سبحانه: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]. كما رجحه ابن جرير في تفسيره ١٨/ ١١٩.
والحكمة في الاقتصار على ذلك أن في الوجه ما يستدل به على الجمال، وفي اليدين ما يستدل به على خصب البدن، فينظرهما ظاهرًا وباطنًا.

(٣) لقوله جل شأنه: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠].
ولإنه إذا حرم نظر المرأة إلى عورة المرأة فالرجل أولى، وعورة المرأة ما عدا الوجه والكفين، والمراد بالكبيرة أن تبلغ حدًّا تشتهى فيه لدى ذوي الطباع السليمة.

(٤) إجماعًا كما في التحفة ٦/ ١٩٢، والنهاية ٧/ ١٨٧.

(٥) لأن النظر مَظِنَّة الفتنة ومحرك للشهوة، ولاتفاق المسلمين كما في المرجعين السابقين على منع النساء أن يخرجن سافرات الوجوه، ولو حل النظر لكنَّ كالمرد، ولأن اللائق بمحاسن الشريعة سد الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بالأجنبية.
ولحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما في قصة حج النبي ﷺ وفيه: «... فمرت به ظُعُن يَجرينَ، فطفق الفضل ينظر إليهن، فوضع رسول الله ﷺ يده على وجه الفضل، فحول الفضل وجهه إلى الشق الآخر ينظر، فحوّل رسول الله ﷺ يده =

وَلاَ يَنْظُرُ مِنْ مَحْرَمِهِ بَيْنَ (1) سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ(١)، وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ(٢)، وَقِيلَ: مَا يَبْدُو فِي المَهْنَةِ فَقَطْ(٣)، وَالأَصَحُّ حِلُّ النَّظَرِ بِلاَ شَهْوَةٍ إِلَى الأَمَةِ إِلاَّ مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ(٤)، وَإِلَى صَغِيرَةٍ(٥) إِلاَّ الْفَرْجَ(٦)، وَأَنَّ نَظَرَ الْعَبْدِ إِلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحْرَمٍ(٧)، وَأَنَّ المُرَاهِقَ

....

(1) خ ب وط: ما بين.

= من الشق الآخر على وجه الفضل، يصرف وجهه من الشق الآخر...» الحديث، أخرجه مسلم في الحج برقم ١٤٧ (١٢١٨).

(١) لأنه عورة فيحرم نظر ذلك إجماعًا كما في النهاية ٧/١٨٨، والمغني ٣/١٢٩.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَآئِهِنَّ أَوْ أَبْنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِىٓ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِىٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوْ نِسَآئِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٣١]، والزينة مفسرة بما عدا الوجه والكفين كما أفاده الجلال المحلي في تفسيره، وفي شرحه على المنهاج ٣/٢٠٨.

(٣) كالرأس والعنق ونحوهما لأن غيره لا ضرورة إلى النظر إليه، وسواء فيما ذكر المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع.

(٤) فلا يحل لأنه عورتها في الصلاة، فأشبهت الرجل، والنظر بشهوة حرام قطعًا لكل منظور إليه من محرم وغيرهم، إلاَّ زوجته وأمته.

(٥) لأنها ليست في مظنة الشهوة ولجريان الناس عليه في الأعصار والأمصار من غير نكير.

(٦) ونقل الرافعي الاتفاق فيه كما في النهاية ٧/١٩٠، ونوزع في دعوى الاتفاق ويجوز ذلك للأم زمن الرضاع والتربية للضرورة.

(٧) أي فيحل ما عدا ما بين السرة والركبة، وذلك لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١].

ولحديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها، وعلى فاطمة =

كَالْبَالِـغِ(١)، وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَى رَجُلٍ(٢) إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ(٣)، وَيَحْرُمُ نَظَرُ أَمْرَدَ بِشَهْوَةٍ(٤).

قُلْـتُ: وَكَـذَا بِغَيْـرِهَـا فِـي الأَصَـحِّ المَنْصُـوصِ(٥)، وَالأَصَـحُّ عِنْـدَ المُحَقِّقِينَ أَنَّ الأَمَةَ كَالحُرَّةِ(٦)، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

= رضي الله عنها ثوب إذا قَنَّعتْ به رأسها لم يبلغ رجليها، وإذا غطَّت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رأى النبـي ﷺ ما تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك».
أخرجه أبو داود في اللباس، باب في العبد ينظر إلى شعر مولاته برقم ٤١٠٦، وفي إسناده أبو جميع سالم بن دينار، قال عنه في التقريب برقم ٢١٧٢: مقبول، وقال في التلخيص ٣/ ١٤٨: مختلف فيه.

(١) قياسًا على المجنون لظهوره على العورات ولذلك لم يستثن في الآية بخلاف الطفل، قال تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٣١]، فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء النظر إليهنَّ، ولأنه كالبالغ في الشهوة والقوة فكان كالبالغ في تحريم النظر. ومعنى لم يظهروا: لم يقووا على مجامعة النساء، أو لم يطلعوا عليها، أي: لا يعرفونها ولا يميزون بينها وبين غيرها، فيلزم الولي منعه من النظر إلى الأجنبية ويلزمها الاحتجاب منه لذلك. والمراهق من قارب الاحتلام.

(٢) لأنه لا يخاف الافتنان بذلك، فجاز مع أمن الفتنة بلا شهوة اتفاقًا كما في التحفة ٦/ ١٩٨، والنهاية ٧/ ١٩١.

(٣) لأنه عورة، فيحرم نظره ولو من محرم. لحديث علي رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال له: «لا تُبرز فخذك ولا تنظر إلى فخذ حيٍّ ولا ميت» وقد تقدم ١/ ٣٥٢.

(٤) حكى في التحفة ٦/ ١٩٨، والنهاية ٧/ ١٩٢ الإجماع عليه.

(٥) لأنه يخاف من نظره الفتنة كالمرأة، والكلام في الجميل الوجه النَّقي البدن، وإنما لم يؤمر المُرد بالاحتجاب كالنساء للمشقة عليهم فيه.

(٦) لاشتراكهما في الأنوثة وخوف الفتنة، بل جمالُ كثير من الإماء أكثر من جمال كثير من الحرائر فخوفها فيهن أعظم.

وَالْمَرْأَةُ مَعَ امْرَأَةٍ كَرَجُلٍ وَرَجُلٍ[1]، وَالأَصَحُّ تَحْرِيمُ نَظَرِ ذِمِّيَّةٍ إِلَى مُسْلِمَةٍ[2]، وَجَوَازُ نَظَرِ المَرْأَةِ إِلَى بَدَنِ أَجْنَبِيٍّ سِوَى مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً[3].

قُلْتُ: الأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا[4]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

---

(١) لأنهم كذوي المحارم في تحريم النكاح على التأبيد، فكذلك في جواز النظر.

(٢) لمفهوم قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، أي نساء المؤمنات، فخرج به نساء الكافرات، إذ لو جاز لها النظر لم يبق للتخصيص فائدة، وأخرج البيهقي في الكبرى ٦/ ٩٥ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبـي عبيدة رضي الله عنه: «أما بعد، فإنه بلغني أن نساءًا من نساء المسلمين يدخلن الحمامات ومعهن نساء أهل الكتاب فامنع ذلك وحُل دونه».

(٣) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «رأيت النبـي ﷺ يسترني وأنا أنظر إلى الحبشة وهم يلعبون في المسجد. . .»، وفي رواية: «لقد رأيت رسول الله ﷺ يقوم على باب حجرتي والحبشة يلعبون بحرابهم في مسجد رسول الله ﷺ يسترني بردائه لكي أنظر إلى لعبهم، ثم يقوم من أجلي حتى أكون أنا الذي أنصرف. . .».

أخرجه البخاري في العيدين، باب الحراب والدرق يوم العيد برقم ٩٥٠، ومسلم في صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد برقم ١٦ (٨٩٢).

(٤) لقوله تعالى: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ [النور: ٣١].

ولحديث أم سلمة رضي الله عنها قالت كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة، فأقبل ابن أم مكتوم، وذلك بعد أن أمرنا بالحجاب فقال النبـي ﷺ: «احتجبا منه»، فقلنا يا رسول الله: أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال النبـي ﷺ: «أفعمياوان أنتما؟ ألستما تبصرانه؟».

أخرجه أبو داود في اللباس، باب في قوله: «غير أولي الإربة برقم ٤١١٢ والترمذي في الأدب، باب ما جاء، في احتجاب النساء من الرجال برقم ٢٧٧٨، وقال عنه: حسن صحيح.

=

وَنَظَرُهَا إِلَى مَحْرَمِهَا كَعَكْسِهِ(١)، وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ المَسُّ(٢)، وَيُبَاحَانِ (1) لِفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ وَعِلَاجٍ(٣).

قُلْتُ: وَيُبَاحُ النَّظَرُ لِمُعَامَلَةٍ وَشَهَادَةٍ، وَتَعْلِيمٍ وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ الحَاجَةِ(٤)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ بَدَنِهَا(٥).

. . . .

(1) خ المغني والسراج: ومباحان.

= لكن حمله أبو داود على نساء النبي ﷺ خاصة، قال: لأمره ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن أم مكتوم، كما أخرجه مسلم في الطلاق، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها برقم ٣٦ (١٤٨٠).

وقال الحافظ في التلخيص ٣/١٤٨ وهذا ـ أي جمع أبي داود ـ جمع حسن وبه جمع المنذري في حواشيه، واستحسنه شيخنا ـ يعني العراقي ـ . اهـ.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَآئِهِنَّ أَوْ أَبْنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآية.

فلما جاز لها أن تبدي زينتها إليهم من غير سبب ولا ضرورة جاز لها أن تنظر إليه كذلك، ولكن بغير شهوة ولا خوف فتنة.

(٢) بالأَوْلَى لأنه أبلغ في اللذة وإثارة الشهوة، ومن ثم كان لو أنزل به أفطر بخلاف النظر.

(٣) للحاجة الملجئة إلى ذلك، لأن في التحريم حينئذٍ حرجًا، فجاز للحاجة ولو للفرج. ولكن إذا لم توجد المرأة، فإن وجدت حرم قطعًا إذ لا ضرورة.

(٤) لأن ما جاز للضرورة يقدر بقدرها، فينظر في المعاملة الوجه فقط، وفي قصد شراء الجارية أو العبد إلى ما عدا ما بين السرة والركبة، وفي تحمل الشهادة وأدائها وجهها فقط، وكذا في التعليم بالنسبة للأمرد، أما المرأة فلا تعدم من يعلمها من محرم أو امرأة كما أفاده المحلي ٣/ ٢١٢.

(٥) لحديث بهز بن حكيم عن أبيه، عن جده رضي الله عنه قال: قلت: يا نبي الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «احفظ عورتك إلَّا من زوجتك أو ما ملكت =

فَصْلٌ

تَحِلُّ[1] خِطْبَةُ خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ(١)، لَا تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ(٢)، وَلَا تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ(٣)، وَيَحِلُّ تَعْرِيض فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي الأَظْهَرِ(٤).

وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ عَلَى خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بِإِجَابَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ(٥)، فَإِنْ لَمْ

. . . .

(1) خ أ: يحل.

= يمينك...» الحديث، أخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في حفظ العورة برقم ٢٧٩٤، وقال عنه: حديث حسن.

وذلك لأنه يملك الاستمتاع بها فجاز النظر إلى جميع بدنها كذلك، ولكن يكره النظر إلى الفرج تأدّبا.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٥]. إذ نفي الجناح يعني الإباحة والحِلِّيّة، وإذا جاز التعريض للمعتدة فالتصريح للخليّة من باب أولى.

(٢) لمفهوم الآية السابقة إذ لم يبح الله إلاّ التعريض ونهى عن التصريح بقوله: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥].

وسواء كانت معتدة من طلاق أو موت، رجعية أو بائنة، لأنها قد ترغب فيه فتكذب على انقضاء العدة. حيث لا يعرف انقضاؤها إلا منها.

(٣) لأن الرجعية في معنى الزوجة بدليل التوارث ووجوب النفقة ولحوق الطلاق بها ونحو ذلك.

(٤) لقوله تعالى: ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ وإنما جاز التعريض لانقطاع سلطنة الزوج عنها.

(٥) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خِطبة أخيه إلاّ أن يأذن له». متفق عليه واللفظ لمسلم. =

يُجَبْ وَلَمْ يَرُدَّ، لَمْ تَحْرُمْ فِي الأَظْهَرِ[1]. وَمَنِ اسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ ذَكَر مَسَاوِيَهُ بِصِدْقٍ[2].

وَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ قَبْلَ الخِطْبَةِ وَقَبْلَ الْعَقْدِ[3]، وَلَوْ خَطَبَ

= ولفظ البخاري: «. . . حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب». أخرجه البخاري في النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع برقم ٥١٤٢، ومسلم في النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه برقم ٥٠ (١٤١٢).

(١) لحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أنها قالت للنبي ﷺ: إن معاوية وأبا جهم خطباني، فقال ﷺ: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد. . .».
أخرجه مسلم في الطلاق برقم ٣٦ (١٤٨٠).
فلما لم تكن أجابَتْهما خطبها النبـي ﷺ لأسامة.

(٢) ليحذر، بذلاً للنصيحة الواجبة، لحديث فاطمة بنت قيس المذكور حيث أشار النبـي ﷺ بما يعلم من حال الرجلين. ولحديث أبـي مسعود البدري أن النبـي ﷺ قال: «المستشار مؤتمن» أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٢٧٤.

(٣) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: علَّمنا رسول الله ﷺ خُطبة الحاجة: «إن الحمد لله نستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إلـه إلاَّ الله وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا﴾ [النساء: ١]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠ ــ ٧١].
أخرجه أبو داود في النكاح، باب في خطبة النكاح برقم ٢١١٨، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح برقم ١١٠٥ وحسنه، والنسائي في كتاب الجمعة، باب كيف الخطبة ٣/ ١٠٥، وهو حديث صحيح بطرقه الكثيرة.

الْوَلِيُّ فَقَالَ الزَّوْجُ: الحَمْدُ لِلَّـهِ وَالصَّلاَةُ عَلَى رَسُولِ اللَّـهِ ﷺ قَبِلْتُ، صَحَّ النِّكَاحُ عَلَى الصَّحِيحِ(١)، بَلْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ(٢).

قُلْتُ: الصَّحِيحُ لاَ يُسْتَحَبُّ(٣)، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ. فَإِنْ طَالَ الذِّكْرُ الْفَاصِلُ لَمْ يَصِحَّ(٤).

فَصْلٌ

إِنَّمَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِإِيجَابٍ، وَهُوَ زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُكَ، وَقَبُولٍ(٥)، بِأَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُ أَوْ نَكَحْتُ أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا.

وَيَصِحُّ تَقَدُّمُ (1) لَفْظِ الزَّوْجِ عَلَى الْوَلِيِّ(٦)، وَلاَ يَصِحُّ إِلاَّ بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوِ الإِنْكَاحِ(٧)، وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ فِي

(1) خ ط والتحفة: تقديم.

---

(١) لأن المتخلّل مقدمة القبول مع قصره، فلا يقطع الموالاة، كالإقامة بين صلاتي الجمع.

(٢) لحديث ابن مسعود السابق.

(٣) للخروج من خلاف من أبطل به، ولأنه لم يرد فيه توقيت.

(٤) لإشعاره بالإعراض، وكونه مقدمة للقبول لا يستدعي اغتفار طوله.

(٥) لأن النكاح عقد كسائر العقود، فافتقر إلى الإيجاب والقبول، لأنه الدال على التراضي.

(٦) لحصول المقصود مع التقدم كالتأخر.

(٧) لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن وهما قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، وقوله سبحانه: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا﴾ [الأحزاب: ٣٧]، ولقوله ﷺ: «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله».

كما أخرجه مسلم من حديث جابر في قصة حجة النبي ﷺ برقم ١٤٧ (١٢١٨). =

الأَصَحِّ[1]، لاَ بِكِنَايَةٍ قَطْعًا[2].

وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ، فَقَالَ: قَبِلْتُ، لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى الْمَذْهَبِ[3]، وَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ، أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ: تَزَوَّجها، فَقَالَ: تَزَوَّجْتُ صَحَّ[4].

وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ[5].

وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، أَوْ قَالَ: إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طَلُقَتْ وَاعْتَدَّتْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَالْمَذْهَبُ بُطْلاَنُهُ[6].

= وكلمة الله هي الإباحة التي دل عليها قوله سبحانه: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، كما رجح ذلك المصنف في شرح مسلم ٨/ ١٨٣.

أما الألفاظ الأخرى كالتمليك والهبة والبيع لا تأتي على معنى النكاح، ولأن الشهادة شرط في النكاح، فإذا عقد بلفظ الهبة مثلاً لم تقع الشهادة على النكاح.

(١) لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتي على ما يأتي عليه لفظ العربية، ولا يتعلق به إعجاز فقام مقامه.

(٢) لأن الكناية تفتقر إلى النية، والشهود لا يطلعون عليها.

(٣) لانتفاء التصريح في القبول بأحد اللفظين: النكاح أو التزويج.

(٤) لوجود الاستدعاء الجازم الدال على الرضا، ولحديث سهل بن سعد رضي الله عنه في قصة الواهبة نفسها للنبي ﷺ وفيها: (... فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: «هل عندك شيءٌ»؟... الحديث، ثم قال له النبي ﷺ: «اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن».

أخرجه البخاري في النكاح، باب تزويج المعسر برقم ٥٠٨٧، ومسلم في النكاح، بالصداق وجواز كونه تعليم القرآن برقم ٧٦ (١٤٢٥).

(٥) قياسًا على البيع، بل أولى لمزيد الاحتياط هنا.

(٦) لفساد الصيغة بالتعليق.

وَلَا (1) تَوْقِيتُهُ(١)، وَلَا نِكَاحُ الشِّغَارِ(٢)، وَهُوَ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُ الْأُخْرَى فَيَقْبَلُ، فَإِنْ لَمْ يَجْعَلِ الْبُضْعَ صَدَاقًا فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ(٣)، وَلَوْ سَمَّيَا مَالًا مَعَ جَعْلِ الْبُضْعِ صَدَاقًا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ(٤).

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ(٥)، وَشَرْطُهُمَا حُرِّيَّةٌ(٦) وَذُكُورَةٌ(٧)

. . . .

(1) خ ط: ولا يصح.

---

(١) لأن ذلك هو نكاح المتعة الذي صح النهي عنه من حديث عليٍّ رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر.
أخرجه البخاري في النكاح، باب نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيرًا برقم ٥١١٥، ومسلم في النكاح، باب نكاح المتعة برقم ٢٩ (١٤٠٧).

(٢) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن الشِّغار، والشِّغارُ أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق».
أخرجه البخاري في النكاح، باب الشغار برقم ٥١١٢، ومسلم في النكاح، باب تحريم الشغار وبطلانه برقم ٥٧ (١٤١٥).

(٣) لانتفاء التشريك في البضع، فيصح النكاحان.

(٤) لبقاء معنى التشريك.

(٥) لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلَّا بوليٍّ وشاهدي عدل، وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».
أخرجه ابن حبان في صحيحه ٦/ ١٥٢، وقال: لا يصح في ذكر الشاهدين غيره.
وأخرجه البيهقي في الكبرى ٧/ ١٢٥، والدارقطني في السنن ٣/ ٢٢٦.
والمعنى في اعتبارهما الاحتياط للإيضاح وصيانة الأنكحة عن الجحود.

(٦) لأن من فيه رق ليس أهلًا للشهادة.

(٧) لأن النكاح لا يثبت بقول النساء.

وَعَدَالَةٌ[١] وَسَمْعٌ[٢] وَبَصَرٌ[٣]، وَفِي الأَعْمَى وَجْهٌ[٤].

وَالأَصَحُّ انْعِقَادُهُ بِابْنَي الزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا[٥]، وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورَيِ الْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ[٦]، لاَ مَسْتُورِ الإِسْلاَمِ وَالْحُرِّيَّةِ[٧].

وَلَوْ بَانَ فِسْقُ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَبَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ[٨]، وَإِنَّمَا يَبِينُ بِبَيِّنَةٍ أَوِ اتِّفَاقِ الزَّوْجَيْنِ، وَلاَ أَثَرَ لِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ كُنَّا فَاسِقَيْنِ[٩].

وَلَوِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا[١٠]، وَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ لَمْ (1) يَدْخُلْ بِهَا، وَإِلاَّ فَكُلُّهُ[١١]، وَيُسْتَحَبُّ الإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ

....

(1) خ أ: إن لم يكن دخل.

---

(١) لأن الفاسق لا تثبت به الشهادة، ويكفي أن يكون عدل الظاهر.

(٢) لأن المشهود عليه قول فاشترط سماعه حقيقة.

(٣) لأن الأقوال لا تثبت إلاَّ بالمعاينة والسماع.

(٤) أنه يصح لأنه أهل للشهادة في الجملة، والأصح لا، لما تقدم.

(٥) لأنهما من أهل الشهادة، وينعقد بهما النكاح في الجملة.

(٦) لأن النكاح يجري بين أوساط الناس والعوام، ولو اعتبرت فيه العدالة الباطنة لاحتاجوا إلى معرفتها ليحضروا من هو متصف بها فيطول الأمر عليهم ويشق.

(٧) لسهولة الوقوف على ذلك؛ لأن الإسلام شعائر ظاهرة، والحرية لا تخفى.

(٨) لفوات العدالة، كما لو كانا كافرين؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر.

(٩) لأن الحق ليس لهما، والمقر إنما يقر على نفسه.

(١٠) مؤاخذة له بقوله، حيث اعترف بما يتبين به بطلان نكاحه وهي فرقة فسخ لا تنقص عددًا.

(١١) لأن حكم اعترافه مقصور عليه، ومن ثم ورثته، فلا يقبل قوله عليها في المهر.

حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا(١)، وَلاَ يُشْتَرَطُ(٢).

فَصْلٌ

لاَ تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ، وَلاَ غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ(٣)، وَلاَ تَقْبَلُ نِكَاحًا لأَحَدٍ(٤). وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ بِلاَ وَلِيٍّ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ(٥)،

---

(١) كأن تكون غير مجبرة، وذلك احتياطًا، ليؤمن إنكارها.

(٢) لأن الإذن ليس ركنًا للعقد، بل شرط فيه فلم يجب الإشهاد عليه.

(٣) لحديث عائشة رضي الله عنها السابق أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلاَّ بوليٍّ وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له».
ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تزوج المرأةُ المرأةَ ولا تزوج المرأة نفسها»، قال: وكنا نقول: «التي تزوج نفسها هي الزانية». أخرجه الدارقطني في السنن ٣/ ٢٢٧، وابن ماجه في النكاح، باب لا نكاح إلاَّ بولي برقم ١٨٨٢.
ويشهد لهذا قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤]، والقِوامة تقتضي الولاية، وكذلك قوله سبحانه: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، فنهى الأولياء عن عضلهن، وإنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل بأن يكون يتم به نكاحها من الأولياء كما قاله الشافعي في الأم ٥/ ١٢.
وكذلك قوله سبحانه: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، ولأنه لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه، لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً.

(٤) لأنها إذا كانت لا تقبله لنفسها فلغيرها أولى، ولأن محاسن الشريعة تقتضي فطمها عن ذلك بالكليّة لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره كليّة.

(٥) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل» ثلاث مرات، «فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا وليّ له». =

لَا الحَدَّ[1]، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ بِالنِّكَاحِ إِنِ اسْتَقَلَّ بِالإِنْشَاءِ[2]، وَإِلَّا فَلَا[3]، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ عَلَى الجَدِيدِ[4].

وَلِلأَبِ تَزْوِيجُ الْبِكْرِ صَغِيرَةً، أَوْ كَبِيرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا[5]، وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا[6]، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ثَيِّبٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا[7]، فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَمْ

= أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الولي برقم ٢٠٨٥، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلَّا بولي برقم ١١٠٢، وابن ماجه في النكاح، باب لا نكاح إلَّا بولي برقم ١٨٧٩ وقال عنه الترمذي: حديث حسن، وإنما لم يجب المسمى لفساد العقد.

(١) لشبهة اختلاف العلماء في صحة النكاح، فإن أبا حنيفة يصححه، والحدود تدرأ بالشبهات كما سيأتي في بابه ٣/ ٢١٩، ولكن يعزر معتقد تحريمه.

(٢) بأن كان مجبرًا لقدرته على الإنشاء حينئذٍ، ومن ملك الإنشاء ملك الإقرار به غالبًا.

(٣) لانتفاء قدرته على إنشائه من دون رضاها.

(٤) لأن النكاح حق الزوجين فيثبت بتصادقهما كالبيع وغيره، وإن كذبها الولي والشاهدان إن عيّنتهم، أو أنكر لوليّ الرضا بدون الكفء، لاحتمال نسيانهم، ولأنه حقهما فلم يؤثر إنكار الغير له.

(٥) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «الأَيِّمُ أحقُّ بنفسها من وليِّها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صُماتُها».
أخرجه مسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق برقم ٦٦ (١٤٢١)، ولأن الصديق رضي الله عنه زوج النبي ﷺ عائشة من غير رضاها إذ كانت صغيرة لا إذن لها.

(٦) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأَيِّمُ حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن». أخرجه مسلم في الباب السابق برقم ٦٤ (١٤١٩) وذلك لما فيه من تطييب قلبها.

(٧) لحديث ابن عباس السابق: «الأيم أحق بنفسها من وليّها»، وفي رواية: «الثيب أحق بنفسه من وليّها والبكر تستأذن وأذنها سكوتها».
ولحديث ابن عباس رضي الله عنه أيضًا، أن النبي ﷺ قال: «ليس للوليّ مع الثيب =

تُزَوَّجْ حَتَّى تَبْلُغَ(١).

وَالجَدُّ كَالأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ(٢)، وَسَوَاءٌ زَالَتِ الْبَكَارَةُ بِوَطْءِ حَلاَلٍ أَوْ حَرَامٍ(٣)، وَلاَ أَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلاَ وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ فِي الأَصَحِّ(٤)، وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَسَبِ كَأَخٍ وَعَمٍّ لاَ يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ(٥).

وَتُزَوَّجُ (1) الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ بِصَرِيحِ الإِذْنِ(٦)، وَيَكْفِي فِي الْبِكْرِ سُكُوتُهَا فِي الأَصَحِّ(٧)، وَالمُعْتِقُ، وَالسُّلْطَانُ كَالأَخِ(٨).

....

(1) خ أ وط: ويزوج.

= أمر، واليتيمة تُستأمر، وصمتُها إقرارها». أخرجه النسائي في النكاح، باب استئذان البكر في نفسها ٦/ ٨٤، وأبو داود في النكاح، باب الثيب برقم ٢١٠٠، وعده ابن دقيق العيد في الاقتراح ص ٩٢ من الأحاديث التي هي على شرط الشيخين ولم يخرجاها.

(١) لأن الصغيرة لا إذن لها، وذلك واجب في حقها.

(٢) لأن له ولادة وتعصيبًا كالأب، بل أولى حيث قد يتولى طرفي العقد كأن يزوج بنت ابنه على ابن ابنه الآخر، وليس كذلك الأب.

(٣) لأنها في ذلك تسمى ثيبًا، فيشملها الحديث السابق.

(٤) لبقائها على حيائها حيث لم تمارس الرجال بالوطء في محل البكارة، وهي على غباوتها وحيائها.

(٥) لأنه إنما يزوج بالإذن ولا إذن للصغيرة.

(٦) لأن الشارع اعتبر رضاها في ذلك، وهو لا يعرف إلاَّ بصريح الإذن.

(٧) لحديث ابن عباس السابق: «وإذنها سكوتها»، وذلك لقوَّة حيائها فلا تستطيع أن تعبّر عن رضاها.

(٨) لأنهما في معناه من عدم الإجبار.

وَأَحَقُّ الأَوْلِيَاءِ أَبٌ[١]، ثُمَّ جَدٌّ، ثُمَّ أَبُوهُ[٢]، ثُمَّ أَخٌ لأَبَوَيْنِ، أَوْ لأَبٍ[٣] ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ[٤]، ثُمَّ عَمٌّ، ثُمَّ سَائِرُ الْعَصَبَةِ كَالإِرْثِ[٥].

وَيُقَدَّمُ أَخٌ لأَبَوَيْنِ عَلَى أَخٍ لأَبٍ فِي الأَظْهَرِ[٦].

وَلاَ يُزَوِّجُ ابْنٌ بِبُنُوَّةٍ[٧]، فَإِنْ كَانَ ابْنَ ابْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقًا أَوْ قَاضِيًا زَوَّجَ بِهِ[٨]، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ [1] زَوَّجَ المُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ، كَالإِرْثِ[٩].

....

(1) خ س وط والتحفة: نسب.

---

(١) لأن سائر الأولياء يدلون به، عدا السلطان والمعتق ولأنّه أشفقهم.

(٢) وإن علا لأن لكل واحد منهم ولادة وعصوبة، فقدموا على من ليس لهم إلاّ عصوبة.

(٣) لأن الأخوة يدلون بالأب فهم أقرب من أبنائهم.

(٤) لأنه أقرب من العم، إذ بنو الإخوة يدلون بالأبوة، بخلاف العم، فإنه يدلي بالجدود.

(٥) لأن المأخذ فيهما واحد.

(٦) لأنه أقرب وأشفق.

(٧) لأنه لا مشاركة بينه وبين أمه في النسب، فلا يعتني بدفع العار عنه، وقياسًا على الأخ لأم فإنه لا يزوج أخته من الأم لعدم النسب بينهما، وخالف في ذلك المزني، والأئمة الثلاثة الآخرون.

(٨) لأن البنوَّة غير مقتضية للولاية، لا مانعةً منها.

(٩) لحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمة النَّسب، لا يباع ولا يوهب».

أخرجه ابن حبان ٧/ ٢٢٠، كما في الإحسان والبيهقي في الكبرى ١٠/ ٢٩٢، والشافعي في الأم ٤/ ١٢٥.

ولأن المعتق أخرجها من الرق إلى الحريَّة فأشبه الأب في إخراجه لها إلى الوجود.

وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ الْمَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ الْمُعْتِقَةَ مَا دَامَتْ حَيَّةً[1]، وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمُعْتِقَةِ فِي الْأَصَحِّ[2]، فَإِذَا مَاتَتْ زَوَّجَ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ[3]، فَإِنْ فُقِدَ الْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ زَوَّجَ السُّلْطَانُ[4].

وَكَذَا يُزَوِّجُ إِذَا عَضَلَ الْقَرِيبُ وَالْمُعْتِقُ[5].

وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَضْلُ إِذَا دَعَتْ بَالِغَةٌ عَاقِلَةٌ إِلَى كُفْءٍ وَامْتَنَعَ[6]، وَلَوْ عَيَّنَتْ كُفْؤًا وَأَرَادَ الْأَبُ غَيْرَهُ فَلَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ[7].

فَصْلٌ

لَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ[8] وَصَبِيٍّ[9] وَمَجْنُونٍ[10] وَمُخْتَلِّ النَّظَرِ بِهَرَمٍ أَوْ

---

(١) لأنه لما انتفت ولاية المرأة للنكاح استتبعت الولايةُ عليها الولايةَ على عتيقتها.

(٢) لأنه لا ولاية لها ولا إجبار، فلا فائدة له.

(٣) لأن الولاية في النكاح فرع عن الولاية العامة.

(٤) لحديث عائشة رضي الله عنها السابق: «فإن تشاجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له».

وذلك لأن للسلطان الولاية العامة، فيزوج بها.

(٥) لأن التزويج حق عليهما، فإذا امتنع كل منهما عنه وفَّاه الحاكم.

(٦) لأن له حقًّا في الكفاءة، ولكن لا بد من ثبوت العضل عند الحاكم.

(٧) لأنه أكمل نظرًا منها.

(٨) لنقصه.

(٩) لسلب عبارته وولايته.

(١٠) إما لعدم تمييزه إن أطبق، وحينئذٍ يكون مسلوب العبارة، أو تغليبًا لزمن الجنون إن تقطع، فيزوج الأبعد منه فقط ولا تكلف انتظار إفاقته.

خَبَلٍ[١]، وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ[٢]، وَمَتَى كَانَ الأَقْرَبُ بِبَعْضِ هَذِهِ الصِّفَاتِ فَالْوِلاَيَةُ لِلأَبْعَدِ[٣].

وَالإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لاَ يَدُومُ غَالِبًا انْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ[٤]، وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّامًا انْتُظِرَ[٥]، وَقِيلَ: تُنْقَلُ الْوِلاَيَةُ [1] لِلأَبْعَدِ[٦]. وَلاَ يَقْدَحُ الْعَمَى فِي الأَصَحِّ[٧].

وَلاَ وِلاَيَةَ لِفَاسِقٍ عَلَى الْمَذْهَبِ[٨]، وَيَلِي الْكَافِرُ الْكَافِرَةَ[٩].

....

(1) سقطت كلمة: تنقل، من أ، وسقط من المغني والمحلى والسراج: تنقل الولاية.

---

(١) لعجزه عن البحث عن الأزواج ومعرفة الكفء منهم، وفي معناه من شغله عن ذلك الأسقام والآلام.

(٢) لأنه لنقصه لا يلي أمر نفسه فلا يلي أمر غيره.

(٣) لخروج الأقرب عن أن يكون وليًا فأشبه المعدوم.

(٤) لأنه قريب الزوال كالنوم.

(٥) للعلة السابقة أيضًا.

(٦) قياسًا على الجنون.

(٧) لقدرته معه على البحث عن الأكْفاء، وإنما لم تصح شهادته لتعذر تحملها وإلاَّ فهي مقبولة منه كما في صور ستأتي في بابه.

(٨) لأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية كالرق، ما لم يكن الإمام الأعظم، ولأن الولاية في النكاح إنما تثبت للنظر، ولا نظر في التفويض إلى الفاسق، إذ هو بفسقه أهمل فلا ينظر في مصلحة نفسه، فلا يُعقل أن يكون له نظر لغيره، ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلاَّ بإذن وليٍّ مرشد أو سلطان».
أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/ ١٢٤، والدارقطني في السنن ٣/ ٢٢١، وقال البيهقي: تفرد به القواريري مرفوعًا، والقواريري ثقة إلاَّ أن المشهور بهذا الإسناد موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما. والمرشد هو الرشيد والفاسق غير رشيد.

(٩) لقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]. وهذا ما لم =

وَإِحْرَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوِ الزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ[١]، وَلَا تُنْقَلُ (1) الْوِلَايَةُ فِي الْأَصَحِّ[٢]، فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ الْوَلِيِّ، لَا الْأَبْعَدِ[٣].

قُلْتُ: وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ أَوِ الزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ الحَلَالُ لَمْ يَصِحَّ[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ غَابَ الْأَقْرَبُ إِلَى مَرْحَلَتَيْنِ زَوَّجَ السُّلْطَانُ[٥]، وَدُونَهُمَا لَا يُزَوِّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ[٦]، وَلِلْمُجْبِرِ التَّوْكِيلُ فِي التَّزْوِيجِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا[٧]، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي الْأَظْهَرِ[٨]، وَيَحْتَاطُ الْوَكِيلُ فَلَا

....

(1) خ أ وس وط والنهاية والمغني والسراج: ينقل، بالياء التحتية.

= يرتكب محظورًا في دينه، فإن ارتكبه فلا، كما في المسلم الفاسق وسواء كان الزواج لمسلم أو كافر.

(١) لحديث عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يَنكح المحرم ولا يُنكح ولا يَخطب».
أخرجه مسلم في النكاح، باب تحريم نكاح المحرم برقم ٤١ (١٤٠٩).

(٢) لأن الإحرام لا يسلب الولاية، لبقاء الرشد والنظر، وإنما يمنع النكاح.

(٣) لأن تأثير الإحرام يمنع الانعقاد مع بقاء الولاية، لبقاء الرشد والنظر.

(٤) لأن الوكيل سفير محض فكأن العاقد الموكل، والموكل لا يملكه حينئذٍ.

(٥) لبقاء أهلية الغائب، والأصل بقاؤه، وإن طالت غيبته.

(٦) لأنه حينئذٍ كالمقيم بالبلد.

(٧) قياسًا على تزويجها بغير إذنها، لكن يسن له استئذانها كما يسن لو زوَّجها بنفسه كما تقدم، ويكفي سكوتها.

(٨) لأن وفور الشفقة تدعوه أن لا يوكل إلَّا من يثق بنظره واختياره.

يُزَوِّجُ غَيْرَ كُفْءٍ[1].

وَغَيْرُ المُجْبِرِ إِنْ قَالَتْ لَهُ: وَكِّلْ وَكَّلَ، وَإِنْ نَهَتْهُ فَلاَ[2]، وَإِنْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي، فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الأَصَحِّ[3]، وَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ اسْتِئْذَانِهَا فِي النِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ[4].

وَلْيَقُلْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ: زَوَّجْتُكَ بِنْتَ فُلاَنٍ، وَلْيَقُلِ الوَلِيُّ لِوَكِيلِ الزَّوْجِ: زَوَّجْتُ بِنْتِي فُلاَنًا، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لَهُ[5].

وَيَلْزَمُ المُجْبِرَ تَزْوِيجُ مَجْنُونَةٍ بَالِغَةٍ وَمَجْنُونٍ ظَهَرَتْ حَاجَتُهُ[6]، لاَ صَغِيرَةٍ [1] وَصَغِيرٍ[7]، وَيَلْزَمُ المُجْبِرَ وَغَيْرَهُ إِنْ تَعَيَّنَ إِجَابَةُ مُلْتَمِسَةِ التَّزْوِيجِ[8]، فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ فَسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ لَزِمَهُ الإِجَابَةُ فِي الأَصَحِّ[9].

....

(1) خ س: لا لصغيرة، وهو خطأ.

---

(١) لأن الإطلاق مقيّد بالكفء، ولا كفء مع طلب أكفأ منه.

(٢) لأنها إنما تُزوج بالإذن، ولم تأذن في تزويج الوكيل بل نهت عنه.

(٣) لأنه بالإذن صار وليًا شرعيًا، أي متصرفًا بالولاية الشرعية فيتمكن من التوكيل بغير إذن كالوصي والقيّم.

(٤) لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ فكيف يفوضه لغيره.

(٥) فإن لم يقل: له، لم يصح النكاح، لأن الشهود المشترط حضورهم لا يطلعون على نيته.

(٦) بظهور رغبته فيه، أو إخبار طبيبين عدلين بتوقع شفائه بالوطء، وذلك لظهور المصلحة حينئذٍ.

(٧) لعدم حاجتهما إليه في الحال.

(٨) تحصينًا لها.

(٩) كيلا يتواكلوا فلا يُعِفُّونها.

وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ، فِي دَرَجَةٍ اسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ[1] وَأَسَنُّهُمْ[2] بِرِضَاهُمْ[3] فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ[4]، فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ صَحَّ فِي الأَصَحِّ[5].

وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْدًا وَآخَرُ عَمْرًا، فَإِنْ عُرِفَ السَّابِقُ فَهُوَ الصَّحِيحُ[6]، وَإِنْ وَقَعَا مَعًا أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالمَعِيَّةُ فَبَاطِلَانِ[7]، وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى الْمَذْهَبِ[8].

---

(١) لأنه أعلم بشرائط النكاح.

(٢) لزيادة تجربته، وكذا أورعهم لأنه أشفق وأحرص.

(٣) لتجتمع الآراء ولا يتشوش بعضهم باستئثار البعض.

(٤) وجوبًا قطعًا للنزاع، فمن خرجت قرعته زوج، ولا تنتقل الولاية للحاكم بذلك، وأما الحديث السابق: «فإن تشاجروا فالسلطان وليُّ من لا ولي له» فمحمول على العضل.

(٥) لأنه وقع بإذنها، لأن القرعة قاطعة للنزاع لا سالبة للولاية.

(٦) لحديث الحسن عن سمرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أيُّما امرأة زوجها وليّان، فهي للأول منهما، وأيُّما رجل باع بيعًا من رجلين فهو للأول منهما».
أخرجه أبو داود في النكاح، باب إذا أنكح الوليّان برقم ٢٠٨٨، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في الوليين يزوجان برقم ١١١٠، وقال عنه: حديث حسن، والعمل على هذا عند أهل العلم لا نعلم بينهم في ذلك اختلافًا، وذكر المسألة.
وأخرجه أحمد في المسند ٥/ ١١٨، وعزا الحافظ في التلخيص ٣/ ١٦٥ تصحيحه إلى أبي زرعة وأبي حاتم والحاكم.

(٧) لتدافعهما في المعية المحققة أو المحتملة، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر فيها، مع امتناع الجمع بينهما، ولتعذّر إمضاء العقد في السبق المحتمل، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة حتى يتحقق السبب المبيح.

(٨) للعلة السابقة.

وَلَوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ اشْتَبَهَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ[1]، فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى الجَدِيدِ، وَهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ[2]، فَإِنْ أَنْكَرَتْ حُلِّفَتْ[3]، وَإِنْ أَقَرَّتْ لأَحَدِهِمَا ثَبَتَ نِكَاحُهُ[4].

وَسَمَاعُ دَعْوَى الآخَرِ وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَنْ قَالَ: هَذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو؟ إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ[5] فَنَعَمْ[6]، وَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ابْنِهِ بِابْنِ ابْنِهِ الآخَرِ صَحَّ فِي الأَصَحِّ[7].

وَلاَ يُزَوِّجُ ابْنُ الْعَمِّ نَفْسَهُ[8] بَلْ يُزَوِّجُهُ ابْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ[9]، فَإِنْ

---

(١) لتحقق صحة العقد فلا يرتفع إلاَّ بيقين، فيمتنعان عنها ولا تنكح غيرهما وإن طال عليها الأمر كزوجة المفقود، حتى يطلقاها، أو يموتا، أو يطلق واحد ويموت الآخر.

(٢) كما تقدم ص٤٢٦ لأن لها حينئذٍ فائدة، وتسمع أيضًا على وليّها، إن كان مجبرًا لقبول إقراره به أيضًا.

(٣) لتوجه اليمين عليها بسبب غيرها، فتحلف لكل واحد منهما يمينًا على نفي العلم انفرادًا أو اجتماعًا، وإن رضيا بيمين واحدة.

(٤) بإقرارها.

(٥) وهو الأظهر.

(٦) أي تسمع الدعوى، وله التحليف عندئذٍ، رجاء أن تُقِرَّ فيغرمها مهر المثل وإن لم تحصل له الزوجية، وكذا لو نكلت فحلف هو.

(٧) لقوة ولايته وشفقته دون سائر الأولياء.

(٨) لئلا يتحد طرفا العقد كما مضى مثله في الوكالة ص١٦٦، إذ هو ليس كالجد الذي يصح له أن يتولَّى طرفي العقد كما مضى ص٤٢٧، ولئلا يتهم في أمر نفسه.

(٩) لاشتراكه معه في الولاية، لا أبعد منه لحجبه به.

فُقِدَ فَالْقَاضِي[١]، فَلَوْ أَرَادَ الْقَاضِي نِكَاحَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الوُلَاةِ أَوْ خَلِيفَتُهُ[٢].

وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلاً فِي أَحَدِهِمَا أَوْ وَكِيلَيْنِ (1) فِيهِمَا فِي الأَصَحِّ[٣].

فَصْلٌ

زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أَوْ بَعْضُ الأَوْلِيَاءِ المُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا الْبَاقِينَ صَحَّ[٤]. وَلَوْ زَوَّجَهَا الأَقْرَبُ بِرِضَاهَا فَلَيْسَ لِلأَبْعَدِ اعْتِرَاضٌ[٥]، وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ بِهِ بِرِضَاهَا دُونَ رِضَاهُمْ لَمْ يَصِحَّ[٦]، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ، وَلَهُمُ الْفَسْخُ[٧].

وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي تَزْوِيجِ الأَبِ بِكْرًا (2) صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ

....

(1) خ ط: ولا وكيلين.

(2) سقطت كلمة: بكرًا، من س وب.

---

(١) بالولاية العامة كما لو فُقد وليّها.

(٢) لأن حكمه نافذ عليه.

(٣) لأن فعل الوكيل في ذلك منزل منزلة فعل الموكل.

(٤) لأن الكفاءة حقها، وحق الأولياء، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم ولأن النبي ﷺ زوج بناته من غيره، ولا أحد يكافئه، ولأنه ﷺ أمر فاطمة بنت قيس ـ وهي قرشية ـ أن تنكح أسامة بن زيد وهو مولى النبي ﷺ كما مضى ذكره ص ٤٢٠.

(٥) لأنه لا حق له الآن في التزويج.

(٦) لأن لهم حقًا في الكفاءة فاعتبر رضاهم بتركها كالمرأة.

(٧) لأن النقص يقتضي الخيار لا البطلان كما في عيب البيع، ورد بوضوح الفرق.

بغَيْرِ رِضَاهَا فَفِي الأَظْهَرِ بَاطِلٌ[١]، وَفِي الآخرِ يَصِحُّ، وَلِلْبَالِغَةِ الخِيَارُ، وَلِلصَّغِيرَةِ إِذَا بَلَغَتْ[٢].

وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَها السُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ فَفَعَلَ لَمْ يَصِحَّ فِي الأَصَحِّ[٣].

وَخِصَالُ الْكَفَاءَةِ: سَلاَمَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ المُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ[٤]، وَحُرِّيَّةٌ، فَالرَّقِيقُ لَيْسَ كُفْؤًا لِحُرَّةٍ[٥]، وَالْعَتِيقُ لَيْسَ كُفْؤًا لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ[٦].

---

(١) لأنه خلاف الغبطة كالتصرف في المال على خلافها، بل أولى منه لأن البضع يحتاط فيه.

(٢) لما مر أن النقص يقتضي الخيار لا الفسخ.

(٣) لما فيه من ترك الاحتياط ممن هو كالنائب عن الولي الخاص، بل عن المسلمين، ولهم حظ في الكفاءة.

(٤) لأن من فيه عيب تعاف النفس صحبته، ولو كان ذلك العيب فيه، إذ الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه.

(٥) لأنها تعيَّر به، وتتضرر بإنفاقه نفقة المعسرين، ولأن الله تعالى قال في شأن العبد: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَّزَقْنَٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُۥنَ﴾ [النحل: ٧٥].

فلم يسو بينه وبين الحر الذي يقدر على الكسب ويكسب لنفسه ويتصرف فيه كما أراد، ولأن بريرة أعتقت تحت مغيث وكان عبدًا، فخيرها النبي ﷺ كما سيأتي ذكره ص ٤٧١. فإذا ثبت الخيار إذا طرأت عليها الحرية، فلأن يثبت لها الخيار إذا كانت حرة عند ابتداء النكاح أولى.

(٦) لنقصه عنها.

وَنَسَبٌ، فَالْعَجَمِيُّ لَيْسَ كُفْءَ عَرَبِيَّةٍ[(١)]، وَلاَ غَيْرُ قُرَشِيٍّ قُرَشِيَّةً[(٢)]، وَلاَ غَيْرُ هَاشِمِيٍّ وَمُطَّلِبِيٍّ لَهُمَا[(٣)]، وَالأَصَحُّ اعْتِبَارُ النَّسَبِ فِي الْعَجَمِ كَالْعَرَبِ[(٤)].

وَعِفَّةٌ، فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ[(٥)]، وَحِرْفَةٌ، فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ

---

(١) لأن الله اصطفى العرب على غيرهم وميزهم عنهم بفضائل جمَّة كما في حديث واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله عز وجل اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى قريشًا من كنانة، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم».
أخرجه مسلم في الفضائل في أوله برقم ٢٢٧٦.

(٢) لخبر الزهري السابق ص ٣٩١: «قدموا قريشًا ولا تقدموها...».

(٣) لحديث واثلة السابق: «... واصطفى من قريش بني هاشم...».
وحديث عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيءٌ واحد». وقد تقدم ص ٣٨٩.

(٤) قياسًا عليهم، فالفُرس أفضل من القبط لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لو كان الدين عند الثريا، لذهب به رجل من فارس، أو قال: من أبناء فارس حتى يتناوله». أخرجه مسلم في فضائل الصحابة، باب فضل فارس برقم ٢٣٠ (٢٥٤٦). وقد حمله العلماء على الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

(٥) لقوله سبحانه: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًاۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ﴾ [السجدة: ١٨]، فنفى المساواة بينهما في جميع الوجوه، وقوله سبحانه: ﴿أَمْ حَسِبَ ٱلَّذِينَ ٱجْتَرَحُوا۟ ٱلسَّيِّـَٔاتِ أَن نَّجْعَلَهُمْ كَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ سَوَآءً مَّحْيَاهُمْ وَمَمَاتُهُمْۚ سَآءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾ [الجاثية: ٢١].
ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا جاءكم من ترضون دينه =

دَنِيئَةٍ، لَيْسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ[1]، فَكَنَّاسٌ وَحَجَّامٌ وَحَارِسٌ وراعٍ وَقَيِّمُ الحَمَّامِ لَيْسَ كُفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ[2]، وَلاَ خَيَّاطٌ بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ[3]، وَلاَ هُمَا بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ[4]، وَالأَصَحُّ أَنَّ الْيَسَارَ لا يُعْتَبَرُ[5]، وَأَنَّ بَعْض

= وخلقه فأنكحوه، إلاَّ تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد»، قالوا: يا رسول الله وإن كان فيه؟ ــ يعني قلَّة في المال ــ قال: «إن جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه»، ثلاث مرات.

أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوِّجوه برقم ١٠٨٥، وقال عنه: حسن غريب.

والعلة في ذلك أن الفاسق لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يجني على المرأة، فثبت لها الخيار في فسخ نكاحه.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلرِّزْقِ﴾ [النحل: ٧١]، وقوله جل شأنه: ﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا﴾ [الزخرف: ٣٢].

(٢) لأن أولئك يُسترذلون عادة وعرفًا، فكان للصنعة تأثير في الكفاءة.

(٣) نظرًا للتفاوت بينهم في أعراف الناس.

(٤) لأن العلماء ورثة الأنبياء كما جاء في حديث أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «... إن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا دينارًا ولا درهمًا، وإنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ أوفر».

أخرجه أبو داود في العلم، باب الحث على طلب العلم برقم ٣٦٤١، والترمذي في العلم، باب ما جاء في فضيلة العلم برقم ٢٦٨٦، وأحمد في المسند ٢/٢٥٩، ٣٢٥، وأصله في مسلم برقم ٢٦٩٩ من حديث أبي بكرة رضي الله عنه.

ولقوله سبحانه: ﴿يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ﴾ [المجادلة: ١١]، وقوله: ﴿يُؤْتِي ٱلْحِكْمَةَ مَن يَشَآءُ ۚ وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [البقرة: ٢٦٩]، وقوله سبحانه: ﴿هَلْ يَسْتَوِي ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩].

(٥) لأن المال ظل زائل، وحال حائل، وطود مائل، ولا يفتخر به أهل المروءات =

الخِصَالِ لاَ يُقَابَلُ بِبَعْضٍ[١].

وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَمَةً[٢]، وَكَذَا مَعِيبَةً عَلَى الْمَذْهَبِ[٣]، وَيَجُوزُ مَنْ لاَ تُكَافِئُهُ بِبَاقِي الخِصَالِ فِي الأَصَحِّ[٤].

فَصْلٌ

لاَ يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ وَكَذَا كَبِيرٌ إِلاَّ لِحَاجَةٍ، فَوَاحِدَةً[٥]، وَلَهُ تَزْوِيجُ صَغِيرٍ عَاقِلٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ[٦]، وَيُزَوِّجُ المَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ[٧] إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَة، وَلاَ تُشْتَرَطُ الحَاجَة[٨] وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ ثَيِّبٌ

= والبصائر. وأجيب عن حديث فاطمة بنت قيس: «... وأما معاوية فصعلوك لا مال له»، كما تقدم ص ٤٢٠، بأن ذلك كان على ما يعده الناس عرفًا منفرًا وإن كان غير منفر شرعًا.

(١) فلا يزوج سليمة من العيوب دنيئة بمعيب نسيب، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف وهكذا، وذلك لما في الزوج في الصور المذكورة من النقص المانع من الكفاءة، ولا ينجبر بما فيه من الفضيلة الزائدة عليها.

(٢) لانتفاء خوف الزنا المشترط في جواز نكاحها.

(٣) لأنه خلاف الغِبطة التي تجب مراعاتها.

(٤) لأن الرجل لا يتعير باستفراش من لا تكافئه، وإذا كان صغيرًا يثبت له الخيار إذا بلغ.

(٥) لاندفاع الحاجة بها.

(٦) لأن له من سعة النظر والشفقة ما يحمله على أن لا يفعل ذلك إلاَّ لغرض صحيح.

(٧) لأن لهما ولاية الإجبار في الجملة، ولأنه لا يرجى لها حالة استئذان.

(٨) لأن التزويج يفيدها المهر والنفقة، بخلاف المجنون فإنه يغرم.

وَبِكْرٌ[١]، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ وَجَدٌّ لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغرِهَا[٢]، فَإِنْ بَلَغَتْ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ فِي الأَصَحِّ لِلْحَاجَةِ (1) [٣]، لاَ لِمَصْلَحَةٍ فِي الأَصَحِّ[٤].

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ لاَ يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ[٥]، بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ يَقْبَلُ لَهُ الْوَلِيُّ[٦]، فَإِنْ أَذِنَ (2) وَعَيَّنَ (3) امْرَأَةً لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا[٧]، وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ[٨] أَوْ أَقَلَّ[٩]، فَإِنْ زَادَ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنَ الْمُسَمَّى[١٠].

. . . .

(1) خ ط: زوجها السلطان للحاجة في الأصح.

(2) خ المغني والتحفة والسراج: فإن أذن له.

(3) خ ط: وعين له.

---

(١) لأنه لا يرجى لها حالة تستأذن فيها، والأب والجد لهما ولاية الإجبار في الجملة.

(٢) إذ لا إجبار لغيرهما، ولا حاجة في الحال.

(٣) كأن تظهر علامات غلبة شهوتها، أو يتوقع الشفاء بقول عدلين من الأطباء وذلك لأن تزويجها يقع إجبارًا، وغير الأب والجد لا يملك الإجبار وإنما يصار إليه للحاجة النازلة منزلة الضرورة.

(٤) لأنه غير مجبر، وإنما يصار إليه للحاجة المنزلة منزلة الضرورة.

(٥) لئلا يفني ماله في مؤنه.

(٦) لأنه حر مكلف صحيح العبارة والإذن، ولكن يعتبر في نكاحه حاجته إليه بالأمارات الدالة على غلبة الشهوة، ولا يزاد على واحدة، لأنه إنما يزوج لحاجة النكاح، وهي تندفع بواحدة، فإن لم تعفه زيد ما يحصل به الإعفاف.

(٧) لأن الإذن مقصور عليها، فلا ينكح غيرها، وإن ساوتها في المهر أو نقصت عنها.

(٨) لأنه المأذون فيه شرعًا.

(٩) لأن فيه رفقًا به، إذ حصل لنفسه خيرًا.

(١٠) لأن الزائد يعد تبرعًا من سفيه، ويصح النكاح لأن خلل الصداق لا يفسخ النكاح.

وَلَوْ قَالَ: انْكِحْ بِأَلْفٍ وَلَمْ يُعَيِّنِ امْرَأَةً نَكَحَ بِالأَقَلِّ مِنْ أَلْفٍ وَمَهْرِ مِثْلِهَا[١]، وَلَوْ أَطْلَقَ الإِذْنَ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ[٢]، وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ[٣] مَنْ تَلِيقُ بِهِ[٤]، فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ اشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي الأَصَحِّ[٥]، وَيَقْبَلُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَأَقَلَّ[٦]، فَإِنْ زَادَ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ[٧]، وَفِي قَوْلٍ: يَبْطُلُ[٨].

وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلاَ إِذْنٍ فَبَاطِلٌ[٩]، فَإِنْ وَطِىءَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ[١٠]، وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ[١١]، وَقِيلَ: أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ[١٢].

---

(١) لأن الزيادة على إذن الولي أو مهر المنكوحة ممنوعة، فإذا نكح امرأة بألف وهو أكثر من ثمن مثلها صح النكاح بمهر المثل ولنا الزائد.

(٢) لأن له مردًا شرعيًا وهو مهر المثل.

(٣) لأنه المأذون فيه شرعًا.

(٤) من حيث المصرف المالي، فلو نكح من يستغرق مهر مثلها ماله لم يصح النكاح.

(٥) لما مر من صحة عبارته، إذ هو حر مكلف، فلا بد إذا من إذنه.

(٦) قياسًا على الشراء له، حيث يقوم على جهة الغبطة.

(٧) وتلغو الزيادة، لأنه ليس أهلاً للتبرع.

(٨) قياسًا على ما لو اشترى له بأكثر من ثمن المثل.

(٩) لإلغاء عبارته، فيفرق بينهما.

(١٠) أي حد ولا مهر، أما الحد، فلشبهة الخلاف، وأما المهر، فلأنها مقصرة بترك البحث مع كونها سلَّطته على بضعها، فصار كما لو اشترى شيئًا وأتلفه فإنه لا ضمان عليه.

(١١) لشبهة النكاح المسقطة للحد، وإلحاق الولد، ولئلا يخلو النكاح عن مهرٍ أو عقوبة.

(١٢) ليندفع به الخلو المذكور، ويتميز النكاح عن السفاح.

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ يَصِحُّ نِكَاحُهُ[1]، وَمُؤَنُ النِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ[2]، لَا فِيمَا مَعَهُ[3].

وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلاَ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ[4]، وَبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ[5]، وَلَهُ إِطْلَاقُ الإِذْنِ، وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِامْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ[6]، وَلَا يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ[7]، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى النِّكَاحِ[8] وَلَا عَكْسِهِ[9]، وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ[10]، فَإِنْ طَلَبَتْ لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُها[11]،

---

(١) لأنه صحيح العبارة وله ذمة.

(٢) قبل النكاح وبعده.

(٣) لتعلق حق الغرماء بما في يده.

(٤) لحديث جابر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر». أخرجه أبو داود في النكاح، باب في نكاح العبد برقم ٢٠٧٨، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده برقم ١١١١ وقال عنه حديث حسن. وأخرجه من طريق أخرى وقال: حسن صحيح. وقال: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبـي ﷺ أن نكاح العبد بغير إذن سيده لا يجوز، وهو قول أحمد وإسحاق وغيرهما بلا اختلاف.

(٥) لصحة عبارته، وسواء كان السيد ذكرًا أم أنثى، ولمفهوم الحديث السابق.

(٦) لأن ما يصح مطلقًا يصح مقيدًا.

(٧) مراعاة لحقه، فإن عدل بطل النكاح.

(٨) لأنه لا يملك رفعه بالطلاق، فلا يملك إثباته، ولأنه يلزم به ذمته مالاً كالكتابة.

(٩) أي ليس للعبد إجبار سيده على النكاح إذا طلبه، ولا تلزمه إجابته.

(١٠) لأن النكاح يرد على منافع البضع وهي ملكه، ولانتفاعه بمهرها ونفقتها بخلاف العبد.

(١١) لنقص قيمتها، وتفويت الاستمتاع عليه فيمن تحل له.

وَقِيلَ: إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لَزِمَهُ(١)، وَإِذَا زَوَّجَهَا فَالأَصَحُّ أَنَّهُ بِالْمِلْكِ لَا بِوِلَايَةٍ [1] (٢) فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ(٣)، وَفَاسِقٌ(٤) وَمُكَاتَبٌ(٥)، وَلَا يُزَوِّجُ وَلِيٌّ عَبْدَ صَبِيٍّ(٦)، وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ فِي الأَصَحِّ(٧).

* * *

(1) نسخ الشروح: لا بالولاية.

---

(١) تحصينًا لها، حيث لا يتوقع منه قضاء شهوة منها.

(٢) لأنه يملك الاستمتاع بها، ولأن التصرف فيما يملك استيفاءه ونقله إلى الغير، إنما يكون بحكم الملك، كاستيفاء المنافع ونقلها بالإجارة.

(٣) بناءً على ما تقرر من الملك.

(٤) لما مضى، ولأنه يملك تأجيرها، فكذلك تزويجها.

(٥) كتابة صحيحة، ولكن بإذن سيده، وليس للسيد الاستقلال بتزويجها كعبده.

(٦) لما فيه من انقطاع اكتسابه عنه وفوائده عنهم.

(٧) إن ظهرت الغبطة فيه، اكتسابًا للمهر والنفقة.

باب ما يحرم من النكاح(١)

تَحْـرُمُ الأُمَّهَـاتُ(٢)، وَكُـلُّ مَـنْ وَلَـدَتْـكَ أَوْ وَلَـدَتْ مَـنْ وَلَـدَكَ فَهِـيَ أُمُّـكَ(٣)؛ وَالْبَنَـاتُ(٤)، وَكُـلُّ مَـنْ وَلَـدْتَهَـا أَوْ وَلَـدْتَ مَـنْ وَلَـدَهَـا فَبِنْتُكَ(٥).

(١) الأصل في هذا الباب قول الله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ ۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣ ـ ٢٤].

وقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢].

(٢) للآية السابقة ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(٣) حقيقة عند عدم الواسطة، ومجازًا عند وجودها.

(٤) للآية السابقة ﴿وَبَنَاتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]، فتحرم البنات ولو احتمالاً كالمنفية باللعان. لأنها لم تنتف عنه قطعًا بدليل أنه لو أكذب نفسه لحقته.

(٥) حقيقة أو مجازًا كما مر.

قُلْتُ: وَالمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ(١)، وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَدُهَا مِنْ زِنًا(٢)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَالأَخَوَاتُ وَبَنَاتُ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ(٣)، وَالْعَمَّاتُ وَالخَالاَتُ(٤)، وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ فَعَمَّتُكَ(٥)، أَوْ أُخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْكَ فَخَالَتُكَ(٦)، وَيَحْرُمُ هَؤُلَاءِ السَّبْعُ بِالرَّضَاعِ أَيْضًا(٧).

وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْكَ أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْكَ أَوْ مَنْ وَلَدَكَ أَوْ وَلَدَتْ

---

(١) لأنه لا حرمة لماء الزنا، بل هو هدر، حيث لا يثبت به نسب ولا غيره، كما سيأتي ص ٤٤٧، فهي أجنبية عنه. نعم تكره له خروجًا من خلاف من حرمها عليه وهم الجمهور.

(٢) قالا في التحفة ٧/ ٢٩٩، والنهاية ٦/ ٢٧٢: إجماعًا، لأنه بعضها وانفصل منها إنسانًا، ولثبوت النسب والإرث بينهما.

(٣) للآية السابقة.

(٤) لقوله تعالى: ﴿... وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣].

(٥) هذا ضابط العمة، ولكن قد تكون من جهة الأم كأخت أبي الأم.

(٦) هذا ضابط الخالة، ولكن قد تكون الخالة من جهة الأب كأخت أم الأب.

(٧) لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، ولحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». أخرجه البخاري في الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض برقم ٢٦٤٥.
وفي رواية: «إن الرضاعة يحرم منها ما يحرم من الولادة». أخرجه البخاري في الباب السابق ٢٦٤٦.

مُرْضِعَتَكَ أَوْ ذَا لَبَنِهَا فَأُمُّ رَضَاعٍ[1]، وَقِسِ الْبَاقِيَ[2]، وَلاَ يَحْرُمُ عَلَيْكَ مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاكَ[3] وَنَافِلَتَكَ[4]، وَلاَ أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِكَ[5] وَبِنْتُهَا[6]، وَلاَ أُخْتُ أَخِيكَ: بِنَسَبٍ (1) ولا رَضَاعٍ وَهِيَ أُخْتُ أَخِيكَ لأَبِيكَ لأُمِّهِ[7] وَعَكْسُهُ[8].

وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ[9] أَوْ وَلَدَكَ[10] مِنْ نَسَبٍ

....

(1) خ ط والمغني والسراج: من نسبٍ ولا رضاع.

---

(١) هذا ضابط لمن يحرم من الرضاع من جهة الأمومة.

(٢) من السبع المحرمات بالرضاع، ويعلم تفصيله من الشروح الأخرى.

(٣) لأنها أجنبية عنك، وإنما حرمت أم أخيك نسبًا لأنها أمك أو موطوأة أبيك.

(٤) لأنها كذلك أجنبية عنك، وحرمت أمه نسبًا لأنها بنت أو موطوأة ابن.

(٥) لما سبق وهي من جهة النسب أم موطوأتك.

(٦) لما ذكر، وهي في النسب بنت أو ربيبة.
فعلم أن هذه الأربعة لا تستثنى من قاعدة التحريم في الرضاع ما يحرمن النسب؛ لانتفاء جهة الحرمة في النسب عن الرضاع.

(٧) بأن كان لأم أخيك بنت من غير أبيك.

(٨) وهي أخت أخيك لأمك، لأبيه، بأن كان لأبي أخيك بنت من غير أمك وفي الرضاع أخت من الرضاع لأخيك، بأن أرضعتهما أجنبية، وذلك لأنها أجنبية منك في الشقين.

(٩) لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، ولا مفهوم لقوله تعالى هنا ﴿مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، لأن المفهوم لا يكون حجة إذا عورض بمنطوق دليل آخر، وهو هنا معارض بمنطوق قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وقد تقدم آنفًا، أو هو قيد لإخراج زوجة المتبنَّى.

(١٠) بواسطة أو غيرها في الصورتين، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢].

أَوْ رَضَاعٍ[1] وَأُمَّهَاتُ زَوْجَتِكَ مِنْهُمَا[2] وَكَذَا بَنَاتُهَا إِنْ دَخَلْتَ بِهَا[3].

وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً بِمِلْكٍ حَرُمَ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا وَحَرُمَتْ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ[4]، وَكَذَا المَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ[5] فِي حَقِّهِ[6]، قِيلَ: أَوْ حَقِّهَا[7]، لَا المَزْنِيُّ بِهَا[8]، وَلَيْسَتْ مُبَاشَرَةٌ بِشَهْوَةٍ كَوَطْءٍ فِي الأَظْهَرِ[9].

وَلَوْ اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةِ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ نَكَحَ مِنْهُنَّ[10]،

---

(١) أما النسب فللآية، وأما الرضاع فللحديث المذكور آنفًا.

(٢) لإطلاق الآية الكريمة: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. وسواء كان بعقد صحيح أو فاسد.

(٤) لأن الوطء في ملك اليمين منزل منزلة عقد النكاح، وحكيا في التحفة ٧/ ٣٠٣ والنهاية ٦/ ٢٧٥ الإجماع عليه.

(٥) لأنه بهذا الوطء يثبت النسب ويوجب العدة ومهر المثل، وحكيا في المصدرين السابقين الإجماع عليه.

(٦) كأن ظنها زوجته أو أمته، أو وطىء بشراء أو نكاح فاسدين.

(٧) كأن ظنته كذلك.

(٨) فلا يثبت لها ولا لأحد من أصولها وفروعها حرمة المصاهرة بالزنا الحقيقي لأن الله تعالى امتن على عباده بالنسب والصهر كما في قوله سبحانه ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾، وهو لا يثبت هنا لأن ماء الزنا لا حرمة له، لمفهوم قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، كما أخرجه البخاري في البيوع، باب تفسير المشتبهات برقم ٢٠٥٣، ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش برقم ١٤٥٧.

(٩) لأنها لا توجب عدة، فكذا لا توجب الحرمة.

(١٠) لأنه لو لم ينكح لامتنع عليه باب النكاح، فإنه وإن سافر إلى بلد آخر لم يأمن مسافرتها إلى ذلك البلد أيضًا.

لا بِمَحْصُورَاتٍ[١]، وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبِّدُ تَحْرِيمٍ عَلَى نِكَاحٍ قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةِ أَبِيهِ (1) بِشُبْهَةٍ[٢].

وَيَحْرُمُ جَمْعُ المَرْأَةِ (2) وَأُخْتِهَا[٣] أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ[٤]، فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ بَطَلَ[٥]، أَوْ مُرَتَّبًا فَالثَّانِي[٦].

وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ حَرُمَ فِي الْوَطْءِ بِمِلْكٍ[٧]، لَا مِلْكُهُمَا[٨]، فَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً حَرُمَتِ الأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ الأُولَى

....

(1) خ أ: ابنه.

(2) خ ط: امرأة.

---

(١) فإنه لا ينكح منهن احتياطًا للأبضاع، مع انتفاء المشقة باجتنابهن بخلاف الأولى.

(٢) لأنه يمنع انعقاده ابتداء فمنعه دوامًا، إلحاقًا للدوام بالابتداء.

(٣) لقوله سبحانه: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] لأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم.

(٤) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها».
أخرجه البخاري في النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها برقم ٥١٠٩، ومسلم في النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح برقم ٣٣ (١٤٠٨) ولأنهما امرأتان لو كانت إحداهما ذكرًا لم يحل له نكاح الأخرى فلم يجز الجمع بينهما في النكاح كالأختين.

(٥) لأنه ليست إحداهما بأولى من الأخرى فبطل نكاحهما.

(٦) إن صح الأول، لأن الجمع حصل به.

(٧) لأنه إذا حرم العقد فلأن يحرم الوطء أولى؛ لأنه أقوى ولأن التقاطع فيه أكثر.

(٨) قالا في التحفة ٧/ ٣٠٩، والنهاية ٦/ ٢٧٩: إجماعًا، لأن الملك قد يقصد به غير الوطء، ولهذا جاز له ملك نحو أخته.

بِبَيْعٍ [1] أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ(١)، لَا حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ(٢)، وَكَذَا رَهْنٌ فِي الأَصَحِّ(٣)، وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا أَوْ عَكَسَ حَلَّتِ المَنْكُوحَةُ دُونَهَا(٤).

وَلِلْعَبْدِ امْرَأَتَانِ(٥)، وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ(٦)، فَإِنْ نَكَحَ خَمْسًا مَعًا

....

(1) خ أ وس ونسخ الشروح: كبيع.

---

(١) لئلا يحصل الجمع المنهي عنه، فإن وطيء الثانية قبل تحريم الأولى أثم، ولم تحرم الأولى، لأن الحرام لا يحرم الحلال.

(٢) لأن ذلك لا يُزيل الملك.

(٣) لبقاء الحل لو أذن له المرتهن.

(٤) لأن الاستباحة بالنكاح أقوى منها بالملك، إذ يتعلق به الطلاق وغيره فلا يندفع بالأضعف بل يدفعه.

(٥) لإجماع الصحابة عليه، كما رواه البيهقي في السنن ٧/ ١٥٨ عن الحكم بن عيينة قال: «اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن المملوك لا يجمع من النساء فوق اثنتين»، ولأن العبد على النصف من الحر كما يومىء إليه قوله تعالى في شأن الإماء: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، فقيس عليهن العبيد ولأن النكاح من باب الفضائل فلم يلحق العبد فيه بالحر.

(٦) لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «خذ منهن أربعًا».
أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة برقم ١١٢٨، وابن ماجه في النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة برقم ١٩٥٣، وابن حبان في صحيحه ٦/ ١٨٢ كما في الإحسان. =

بَطَلْنَ[1] أَوْ مُرَتَّبًا فَالْخَامِسَةُ[2].

وَتَحِلُّ الأُخْتُ، وَالخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ بَائِنٍ[3] لاَ رَجْعِيَّةٍ[4].

وَإِذَا طَلَّقَ الحُرُّ ثَلاَثًا أَوِ الْعَبْدُ طَلْقَتَيْنِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ (1) [5]، وَتَغِيبَ بِقُبُلِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا[6]، بِشَرْطِ

....

(1) خ ط زيادة: زوجًا غيره.

= واختلف في وصله وإرساله، وقال الحاكم بعد روايته في المستدرك ٢/١٩٣: والوصل زيادة، وهي من الثقة مقبولة.

ونقل الحافظ في التلخيص ٣/١٦٨ عن البخاري قوله: هذا الحديث غير محفوظ، وعن أحمد قوله: هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه.

وإذا امتنع الدوام فالابتداء أولى، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، فلما لم يغتفر فيه كان الابتداء أولى بالمنع.

(١) لأنه ليس إبطال نكاح واحدةٍ بأولى من الأخرى، فبطل الجميع كما لو جمع بين الأختين.

(٢) لأن الزيادة على العدد الشرعي حصل بها.

(٣) لأنها أجنبية منه.

(٤) لأن الرجعية في حكم الزوجية، بدليل التوارث ولحوق الطلاق ولزوم عدة الوفاة والسكنى والنفقة.

(٥) لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

(٦) لحديث عائشة رضي الله عنها أن رجلاً طلّق امرأته ثلاثًا، فتزوجت فطلّق، فسئل النبي ﷺ: أتحل للأول؟ قال: «لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول».

أخرجه البخاري في الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث برقم ٥٥٦١، ومسلم في النكاح، باب لا تحل المطلّقة ثلاثًا... برقم ١١٥ (١٤٣٣)، وحديثها أيضًا =

الإِنْتِشَارِ[١]، وَصِحَّةِ النِّكَاحِ[٢]، وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ، لاَ طِفْلاً عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِنَّ[٣].

وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِىءَ طَلَّقَ، أَوْ بَانَتْ، أَوْ فَلاَ نِكَاحَ، بَطَلَ[٤]، وَفِي التَّطْلِيقِ قَوْلٌ[٥].

فَصْلٌ

لاَ يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا[٦]، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ

= رضي الله عنها في قصة امرأة عبد الرحمن بن الزَّبير وقول النبي ﷺ: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته».
أخرجه البخاري في الباب السابق برقم ٥٢٦٠، ومسلم في الباب السابق أيضًا برقم ١١١ (١٤٣٣).

(١) ليحصل الذوق المذكور في الحديث، وإن كان ضعيفًا.

(٢) لأن النكاح في الآية لا يتناول غير الصحيح.

(٣) لانتفاء أهليته لذوق العسيلة.

(٤) لمنافاة الشرط فيهن لمقتضى العقد، وهو التأبيد، فأشبه التأقيت. ولحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لعن الله المحلِّل والمحلَّل له».
أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في المحلِّل والمحلَّل له برقم ١١١٩، والنسائي في الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثًا وما فيه من التغليظ ٦/ ١٤٩.
وقال الترمذي: حسن صحيح. واللعن يقتضي النهي، والحرمة في باب النكاح تقتضي عدم الصحة.

(٥) أنه لا يضر شرطه، قياسًا على ما لو نكحها بشرط أن لا يتزوج عليها. حيث يصح النكاح ويلغو الشرط.

(٦) لتناقض أحكام الملك والنكاح، إذ الملك لا يقتض نحو قسم وطلاق، والزوجية تقتضيهما، وعند التناقض يثبت الأقوى ويسقط الأضعف.

نِكَاحُهُ[١]، وَلَا تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ[٢]، وَلَا الحُرُّ أَمَةَ غَيْرِهِ إِلَّا بِشُرُوطٍ[٣]:

أَنْ لَا يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ تَصْلُحُ لِلاسْتِمْتَاعِ[٤]، قِيلَ: وَلَا غَيْرُ صَالِحَةٍ[٥]، وأَنْ يَعْجِزَ عَنْ حُرَّةٍ تَصْلُحُ[٦]، قِيلَ: أَوْ لَا تَصْلُحُ[٧]، فَلَوْ قَدَرَ عَلَى غَائِبَةٍ حَلَّتْ لَهُ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا، أَوْ خَافَ زِنًا مُدَّتَهُ[٨].

---

(١) لأن ملك اليمين أقوى من النكاح، لأنه يُملك به الرقبة والمنفعة. والنكاح لا يُملك به إلاّ ضرب من المنفعة.

(٢) لأن أحكام النكاح والملك متناقضة، حيث تطالبه بمقتضى الملك السفر إلى الشرق مثلاً، وهو يطالبها بالسفر إلى الغرب بمقتضى الزوجية، وإذا دعاها إلى الفراش بحق النكاح، بعثته في أشغالها بحق الملك، وإذا تعذّر الجمع بينهما بطل الأضعف وثبت الأقوى، وهو الملك كما تقدم.

(٣) لقوله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُم مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ [النساء: ٢٥] إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]. فدلّت الآية على أنه لا يعدل عن نكاح الحرائر إلاّ عند العجز عن تحصيلهن وذلك لما يترتب على نكاح الإماء من رق الذرية لمالك الأمة.

(٤) لما رواه الحسن مرسلاً أن رسول الله ﷺ نهى أن ينكح الأمة على الحرة.
أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/ ١٧٥، وعبد الرزاق في المصنف ٧/ ٢٦٨، وقال البيهقي: إنه في معنى الكتاب يعني الآية السابقة، ولأنه حينئذٍ مأمون العنت المشترط في الآية.

(٥) لإطلاق النهي.

(٦) للآية السابقة، وذلك بأن لا يجدها، أو لا يقدر على صداقها.

(٧) لظاهر نص الآية السابقة، ولأنه يمكن الاستغناء بوطء ما دون الفرج.

(٨) لقوله سبحانه: ﴿لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ وَأَن تَصْبِرُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]، =

وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ مِثْلٍ فَالأَصَحُّ حِلُّ أَمَةٍ فِي الأُولَى(١)، دُونَ الثَّانِيَةِ(٢)، وَأَنْ يَخَافَ زِنًا(٣)، فَلَوْ أَمْكَنَهُ تَسَرٍّ فَلَا خَوْفَ فِي الأَصَحِّ(٤).

وَإِسْلَامُهَا(٥)، وَتَحِلُّ [1] لِحُرٍّ وَعَبْدٍ كِتَابِيَّيْنِ أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ(٦)، لَا لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي المَشْهُورِ(٧)، وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ(٨).

وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ أَيْسَرَ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً لَمْ تَنْفَسِخِ

. . . .

(1) خ س وب: ويحل.

= وضابط المشقة المعتبرة: أن ينسب محتملها في طلب الزوجية إلى الإسراف ومجاوزة الحد في قصدها.

(١) لأنه قد لا يجد وفاءً فتصير ذمته مشغولة.

(٢) لأن العادة جرت بالمسامحة في المهور فلا منَّة، بخلاف المسامحة به كله لأنه لم يعتد، مع لزومه له بالوطء.

(٣) بأن يتوقعه لغلبة شهوته وضعف تقواه أو مروءته، وذلك للآية السابقة: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ﴾ [النساء: ٢٥]، أي الزنا، وأصله المشقة الشديدة، سمي به الزنا، لأنه سبب العنت بالحد في الدنيا أو العذاب في الآخرة.

(٤) لأمنه العنت به، فلا حاجة إذًا لإرقاق ولده.

(٥) لقوله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥]، فلا تحل الكتابية للحر المسلم، لأنه اجتمع فيها نقصان، لكل منهما أثر في منع النكاح وهما الكفر والرق، كما أنه لا يجوز له نكاح الحرة المجوسية لاجتماع نقصي الكفر وعدم الكتاب.

(٦) لاستوائهما في الدين.

(٧) لأن مُدرك المنع فيها كفرها، فاستوى فيها المسلم الحر والقن كالمرتدة والمجوسية.

(٨) فلا ينكحها الحر إلاَّ بالشروط السابقة؛ لأن إرقاق بعض الولد محذور كإرقاقه كله.

الأَمَـةُ(١)، وَلَـوْ جَمَـعَ مَـنْ لَا تَحِـلُّ (1) لَـهُ الأَمَـةُ حُـرَّةً وَأَمَـةً بِعَقْـدٍ بَطَلَـتِ الأَمَةُ(٢)، لَا الحُرَّةُ فِي الأَظْهَرِ(٣).

فَصْلٌ

يَحْرُمُ نِكَاحُ مَنْ لَا كِتَابَ لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ(٤).

وَتَحِلُّ كِتَابِيَّةٌ(٥) لَكِنْ تُكْرَهُ حَرْبِيَّةٌ(٦)، وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ(٧).

....

(1) خ أ: يحل.

---

(١) لأنه يغتفر في الدوام لقوته بوقوع العقد صحيحًا ما لا يغتفر في الابتداء.

(٢) لانتفاء شرط نكاحها، وهو فقد الحرة وقد وجدت.

(٣) من قولي تفريق الصفقة، وذلك لوجود المرجح هنا وهو الحرية.

(٤) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ۖ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ ۖ﴾ [البقرة: ٢٢١].
فقرر الله تعالى الحكم، وبيَّن عِلَّته بقوله: ﴿أُو۟لَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ۖ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وشملت الآية الكتابيات أيضًا؛ لأنهن يشركن مع الله غيره فيقلن عيسى ابن الله أو العزير ابن الله، ولقول ابن عمر: لا أعرف شيئًا من الإشراك أعظم من أن تقول المرأة ربها عيسى أو عبد من عباد الله، كما في تفسير القرطبي ٣/٦٨، ولكن خرجت نساء أهل الكتاب بما يأتي.

(٥) لقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

(٦) لئلا يرق ولدها إذا سبيت حاملًا، فإنها لا تصدق أن حملها من مسلم ولأنه قد يقيم معها في دار الحرب، وذلك لا يجوز لما في الإقامة بدار الحرب من تكثير سوادهم.

(٧) لئلا تفتنه بفرط ميله إليها أو ولده.

وَالْكِتَابِيَّةُ يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ[١] لَا مُتَمَسِّكَةٌ [1] بِالزَّبُورِ وَغَيْرِهِ[٢]، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً فَالأَظْهَرُ حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ[٣]، وَقِيلَ: يَكْفِي قَبْلَ نَسْخِهِ[٤]، وَالْكِتَابِيَّةُ الْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ[٥]، وَتُجْبَرُ عَلَى غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ[٦] وَكَذَا جَنَابَة، وَتَرْكِ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي الأَظْهَرِ[٧]، وَتُجْبَرُ

....

(1) خ أ: لا مستمسكه.

---

(١) لقوله تعالى: ﴿أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا وَإِن كُنَّا عَن دِرَاسَتِهِمْ لَغَٰفِلِينَ﴾ [الأنعام: ١٥٦].

(٢) لأن تلك الكُتُب لم تنزل بنظم يدرس ويتلى، وإنما أوحي إليهم معانيها لا ألفاظها، أو لكونها حِكمًا ومواعظ لا أحكامًا وشرائع.

(٣) لتمسكهم بذلك الدين حين كان حقًا، أما بعد مجيء الإسلام فلم يَعد دينًا متبّعًا لقوله تعالى: ﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ لَسْتُمْ عَلَىٰ شَىْءٍ حَتَّىٰ تُقِيمُواْ ٱلتَّوْرَىٰةَ وَٱلْإِنجِيلَ وَمَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [المائدة: ٦٨].

ومما ورد في التوراة والإنجيل وأمروا به اتباع رسول الله ﷺ إذا جاءهم كما لا يخفى، ومع ذلك فقد كفروا به، فلم يعودوا على شيء من الدين كما دلت عليه الآية الكريمة.

(٤) ولو بعد تحريفه؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا منهم ولم يبحثوا عن ذلك ولتمسكهم بالدين قبل نسخه، والأصح المنع؛ لبطلان فضيلة الدين بتحريفه، أما الإسرائيلة يقينًا بالتواتر، أو بقول عدلين لا المتعاقدين فتحل مطلقًا لشرف نسبها ما لم يتيقن دخول أول آبائها في ذلك الدين بعد نسخه، لسقوط فضيلته بنسخه.

(٥) لاشتراكهما في الزوجية المقتضية لذلك بخلاف التوارث فلا لاختلاف الدين المانع منه كما تقدم في بابه ص ٣٤٤.

(٦) لتوقف حل الوطء عليه، ويغتفر عدم النية للضرورة.

(٧) لما في مخالفة كل مما ذكر من الاستقذار.

هِيَ وَمُسْلِمَةٌ عَلَى غَسْلِ مَا نَجُسَ مِنْ أَعْضَائِهِمَا (1) (١).

وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ(٢)، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الأَظْهَرِ(٣)، وَإِنْ خَالَفَتِ السَّامِرَةُ الْيَهُودَ، وَالصَّابِئُونَ النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ حَرُمْنَ(٤)، وَإِلاَّ فَلاَ(٥).

وَلَوْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ أَوْ عَكْسُهُ لَمْ يُقَرَّ فِي الأَظْهَرِ(٦)، فَإِنْ كَانَتِ امْرَأَةً لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ(٧)، فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ(٨)، وَلاَ يُقْبَلُ مِنْهُ إِلاَّ الإِسْلاَمُ(٩)، وَفِي قَوْلٍ: أَوْ دِينُهُ الأَوَّلُ(١٠)، وَلَوْ تَوَثَّنَ

....

(1) خ ط: منها، ونسخة المحلي والسراج: أعضائهما.

---

(١) ليتمكن من الاستمتاع بها.

(٢) لأن الانتساب إلى الأب وهو ممن لا تحل مناكحته.

(٣) تغليبًا للتحريم.

(٤) قياسًا على المرتد، لخروجهم عن ملتهم.

(٥) أي لا يحرمن إن لم يخالفوهم في الأصول، بل في الفروع؛ لأنهم مبتدعة في دينهم كما في أهل القبلة، وهذا ما لم تكفرهم اليهود والنصارى.

(٦) لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥]، ولأنه أحدث دينًا باطلاً بعد اعترافه ببطلانه، فلا يقر عليه كمسلم ارتد.

(٧) لأنها لا تقر كالمرتدة.

(٨) فتتنجز الفرقة قبل الوطء، وكذا بعده إن لم تسلم قبل انقضاء العدة.

(٩) للآية السابقة، ولأنه أقر ببطلان ما انتقل عنه، وكان مقرًا ببطلان المنتقل إليه.

(١٠) لأنه كان مقرًا عليه، وليس معنى هذا القول أنّا نأمره بأحدهما إذ الباطل لا يؤمر به، ولا يخير بينه وبين الحق، بل معناه أنّا لا نأمره إلاّ بالإيمان، فإن لم يسلم وعاد إلى دينه الأول ترك.

لَمْ يُقَرَّ[1]، وَفِيمَا يُقْبَلُ الْقَوْلَانِ[2].

وَلَـوْ تَهَـوَّدَ وَثَنِـيٌّ أَوْ تَنَصَّـرَ لَـمْ يُقَـرْ[3]، وَيَتَعَيَّـنُ الإِسْـلَامُ كَمُسْلِـمٍ ارْتَدَّ[4]، وَلَا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لأَحَدٍ[5].

وَلَوِ ارْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ[6] أَوْ بَعْدَهُ وُقِفَتْ، فَإِنْ جَمَعَهُمَا الإِسْلَامُ فِي الْعِدَّةِ دَامَ النِّكَاحُ[7]، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنَ الرِّدَّةِ[8]، وَيَحْرُمُ الْوَطْءُ فِي التَّوَقُّفِ[9] وَلَا حَدَّ[10].

* * *

(١) لأنهم ليسوا أهل كتاب.

(٢) السابقان في اليهودي أو النصراني، أظهرهما لا يقبل منه إلاَّ الإسلام.

(٣) لانتقاله عما لا يقر عليه إلى باطل، والباطل لا يفيد فضيلة الإقرار.

(٤) وسيأتي حكمه قريبًا.

(٥) لا من المسلمين لأنها كافرة لا تقر، ولا من الكفار لبقاء عُلقه الإسلام فيها.

(٦) لعدم تأكّد النكاح بالدخول. والإسلام فرق بينهما لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾، وقوله: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ والمرتدة ليست كتابية، وإن ارتد هو لا يحل للمسلمة للآية السابقة، ولقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

(٧) لتأكّده بالدخول.

(٨) لأنه اختلاف دين بعد المسيس.

(٩) لاحتمال انقضاء العدة قبل اجتماعهما في الإسلام، فتزلزل ملك النكاح بإشرافه على الزوال.

(١٠) لشبهة بقاء النكاح، والحدود تدرأ بالشبهات كما سيأتي في بابه ٣/ ٢٠٦.

باب نكاح المشرك

أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ، دَامَ نِكَاحُهُ[١] أَوْ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ[٢]، أَوْ بَعْدَهُ وَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ دَامَ نِكَاحُهُ[٣]، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنْ إِسْلَامِهِ[٤].

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ فَكَعَكْسِهِ[٥]، وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا دَامَ النِّكَاحُ[٦]،

---

(١) قالا في التحفة ٧/ ٣٢٨، والنهاية ٦/ ٢٩٥: إجماعًا، يعني لجواز نكاح المسلم لها ابتداءً، فاستمرار ذلك أولى.

(٢) لأن النكاح غير متأكد، بدليل أنها تبين بطلقة، وإنما يتأكد بالدخول، أو استدخال منيه المحترم.

(٣) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فتزوجت، فجاء زوجها إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني قد كنت أسلمتُ، وعَلِمَتْ بإسلامي. فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها الآخر وردها إلى زوجها الأول».
أخرجه أبو داود في الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين برقم ٢٢٣٩، وابن ماجه في النكاح، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر برقم ٢٠٠٨، وابن حبان في صحيحه ٦/ ١٨٢، من الإحسان، والحاكم ٢/ ٢٠٠، وصححه ووافقه الذهبي.

(٤) إجماعًا كما في التحفة ٧/ ٣٢٩، والنهاية ٦/ ٢٩٥.

(٥) على التفصيل المذكور، وهي فرقة فسخ لا طلاق، لأنها بغير اختيارهما.

(٦) إجماعًا كما في المصدرين السابقين، على أي كفر كانا، لتساويهما في الإسلام ولأن الفرقة تقع باختلاف الدين ولم يختلف دينهما في الكفر ولا في الإسلام.

وَالمَعِيَّةُ بِآخِرِ اللَّفْظِ[١]، وَحَيْثُ أَدَمْنَا لَا تَضُرُّ (1) مُقَارَنَةُ الْعَقْدِ لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ الإِسْلَامِ، وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ الآن[٢]، وَإِنْ بَقِيَ المُفْسِدُ فَلَا نِكَاحَ[٣] فَيُقَرُّ عَلَى (2) نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ وَشُهُودٍ[٤]، وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ الإِسْلَامِ[٥]، وَمُؤَقَّتٍ إِنِ اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا[٦]، وَكَذَا لَوْ قَارَنَ الإِسْلَامَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ[٧]، لَا نِكَاحُ مَحْرَمٍ[٨].

وَلَوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَسْلَمتْ وَهُوَ مُحْرِمٌ أُقِرَّ عَلَى الْمَذْهَبِ[٩]، وَلَوْ نَكَحَ حُرَّةً وَأَمَةً وَأَسْلَمُوا تَعَيَّنَتِ الحُرَّةُ وَانْدَفعتِ الأَمَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ[١٠].

....

(1) خ س وب والنهاية: لا يضر.

(2) خ السراج: في نكاح.

---

(١) الذي يحصل به الإسلام، لأن المدار في حصوله عليه، دون أوله ووسطه.

(٢) لأن الشروط لا تعتبر حال نكاح الكافر، فلتعتبر حال الالتزام بالإسلام لئلا يخلو العقد عن شروطه في الحالين معًا.

(٣) لامتناع ابتدائه حينئذٍ.

(٤) لحل نكاحها الآن.

(٥) لأنها حينئذٍ يجوز ابتداء نكاحها.

(٦) إلغاء لذكر الوقت، بخلاف ما إذا اعتقدوه مؤقتًا، فإنهم لا يقرون عليه وإن أسلما قبل تمام المدة، لأن بعدها لا نكاح في اعتقادهم وقبلها يعتقدونه مؤبدًا، ومثله لا يحل ابتداؤه.

(٧) لأن طرو عدة الشبهة لا يقطع بنكاح المسلم فهذا أولى.

(٨) لأنه لا يقر عليه إجماعًا كما في التحفة ٧/ ٣٣١، والنهاية ٦/ ٢٩٧ للزوم المفسد له.

(٩) لأن الإحرام لا يؤثر في دوام النكاح.

(١٠) لأنه لا يجوز له نكاح أمة مع وجود حرة تحته.

وَنِكَاحُ الْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ[(١)]، وَقِيلَ: فَاسِدٌ[(٢)]، وَقِيلَ: إِنْ أَسْلَمَ وَقُرِّرَ تَبَيَّنَّا صِحَّتَهُ وَإِلاَّ فَلاَ[(٣)]، فَعَلَى الصَّحِيحِ لَوْ طَلَّقَ ثَلاَثًا ثُمَّ أَسْلَمَا لَمْ تَحِلَّ إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ[(٤)]، وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ[(٥)].

وأَمَّا الْفَاسِدُ كَخَمْرٍ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الإِسْلاَمِ فَلاَ شَيْءَ لَهَا[(٦)]، وَإِلاَّ فَمَهْرُ مِثْلٍ[(٧)]، وَإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ فَلَهَا قِسْطُ مَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ[(٨)].

وَمَنْ انْدَفَعَتْ بِإِسْلاَمٍ بَعْدَ دُخُولٍ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ إِنْ صُحِّحَ

---

(١) لأن الله تعالى نسب الزوجية إليهم كما في قوله سبحانه: ﴿وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱمْرَأَتَ فِرْعَوْنَ﴾ [التحريم: ١١]، وقوله سبحانه في شأن أبي لهب: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾ [المسد: ٤]، ولحديث غيلان السابق ص ٤٤٩ وغيره ممن أسلم من الكفار حيث أقرهم على أنكحتهم، وأمر غيلان أن يمسك أربعًا ويفارق سائرهن، وما كان يسأل عن شرائط النكاح، بل أقرهم عليها، وهو ﷺ لا يقر أحدًا على باطل ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله، ولو أسلموا أقررناهم عليه.

(٢) لعدم مراعاتهم للشروط، وإنما نقرهم عليه إذا ترافعوا إلينا ترغيبًا لهم في الإسلام، إذا كانوا قد أسلموا، أو رعاية للعهد والذمة.

(٣) لأنه لا يمكن إطلاق صحته مع اختلال شروطه، ولا فساده مع أنه يقر عليه.

(٤) سواء اعتقدوا وقوع الطلاق أم لا، لأنا إنما نعتبر حكم الإسلام.

(٥) لأنه كما تثبت الصحة للنكاح فكذلك يثبت المسمى إذا كان صحيحًا، خرج به ما لو كان فاسدًا كخمر وخنزير، فلا يثبت.

(٦) لانفصال الأمر بينهما قبل أن يجري عليه حكمنا.

(٧) لأنها لم ترض إلاَّ بمهر، وتتعذر الآن مطالبتها بالخمر، فيتعين البدل الشرعي وهو مهر المثل.

(٨) لتعذر قبض البعض الآخر في الإسلام، إذا كان حرامًا كخمر وخنزير.

نِكَاحُهُمْ[1]، وَإِلاَّ فَمَهْرُ مِثْلٍ[2] أَوْ قَبْلَهُ وَصُحِّحَ[3]، فَإِنْ كَانَ الاِنْدِفَاعُ بِإِسْلاَمِهَا فَلاَ شَيْءَ لَهَا[4]، أَوْ بِإِسْلاَمِهِ فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحًا[5]، وَإِلاَّ فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ[6].

وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ وَجَبَ الحُكْمُ[7]، أَوْ ذِمِّيَّانِ وَجَبَ فِي الأَظْهَرِ[8]، وَنُقِرُّهُمْ عَلَى مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا، وَنُبْطِلُ مَا لاَ نُقِرُّ[9].

فَصْلٌ

أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ لَزِمَهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ، وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ[10]، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ فِي

---

(1) لاستقراره بالدخول.

(2) في مقابلة الوطء.

(3) لاستيفائه شرائطه، أو على الأصح أنه محكوم بصحته.

(4) لأن الفرقة من جهتها، وإذا لم يجب لها شيء مع صحته فأولى مع فساده.

(5) لأن الفرقة جاءت من قبله.

(6) ككل تسمية فاسدة، فإن لم يُسم شيء فمتعة.

(7) لأنه يجب رفع الظلم عن المسلم، والمسلم لا يمكن رفعه إلى حاكم أهل الذمة ولا تركهما متنازعين، فوجب الحكم بينهما بشرعنا.

(8) لقوله تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ [المائدة: ٤٩]، وهي ناسخة لقوله تعالى: ﴿ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ [المائدة: ٤٢]، كما في تفسير القرطبي ٦/ ٢١٠، ولأنه يجب على الإمام منع الظلم عن أهل الذمة فوجب الحكم بينهم كالمسلمين.

(9) هذا ضابط لما تقدم من كثير الصور.

(10) لحديث غيلان الذي مضى ص ٤٤٩ حيث قال له النبي ﷺ: «أمسك أربعًا وفارق سائرهن»، وسواء نكحهن معًا أو مرتبًا.

الْعِدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ تَعَيَّنَّ[1].

وَلَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ أَوْ أَسْلَمَتَا فَإِنْ دَخَلَ بِهِمَا حَرُمَتَا أَبَدًا[2]، أَوْ لَا بِوَاحِدَةٍ تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ[3]، وَفِي قَوْلٍ: يَتَخَيَّرُ[4]، أَوْ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ[5]، أَوْ بِالْأُمِّ حَرُمَتَا أَبَدًا[6]، وَفِي قَوْلٍ: تَبْقَى الْأُمُّ[7].

أَوْ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ أَسْلَمَتْ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ[8]، وَإِنْ تَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ[9]، أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي

---

(١) واندفع نكاح من بقي بتخلفهن، لتعذر إمساكهن بتخلفهن عنه في الأولى وعن العدة في الثانية.

(٢) لأن الدخول بالأم يحرم بنتها إذ هي ربيبة لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، والعقد على البنت يحرم أمها لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وهذا بناء على صحة نكاحهم. وعلى القول بفساده فإنَّ وطء كل واحدة منهن بشبهة يحرم الأخرى، ولكلٍ المسمَّى إن صح، وإلاَّ فمهر مثل.

(٣) لأن العقد على البنت يحرم الأم كما مضى للآية السابقة.

(٤) بناء على فساد نكاحهم، فإن اختار البنت حرمت الأم أبدًا، أو الأم اندفعت البنت ولا تحرم مؤبدًا إلاَّ بالدخول بالأم.

(٥) لحرمة الأم مؤبدًا بالعقد على البنت أو بوطئها.

(٦) لأن الدخول بالأم يحرم بنتها مطلقًا، والعقد على البنت يحرم أمها بناء على صحة نكاحهم.

(٧) بناء على فساد أنكحتهم.

(٨) لأنه إذ أحل له نكاح الأمة ـ بأن كان غير حر، أو حرًا معسرًا خائفًا العنت ـ أقر على نكاحها، فإن لم تحل له اندفع نكاحها.

(٩) قياسًا على الحرة كما مر من أنها تبين بذلك حيث لا عدة عليها.

الْعِدَّةِ اخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ[1]، وَإِلَّا انْدَفَعْنَ[2].

أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي العِدَّةِ تَعَيَّنَتْ وَانْدَفَعْنَ[3].

وَإِنْ أَصَرَّتْ فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا اخْتَارَ أَمَةً[4].

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَعَتَقْنَ ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ فَكَحَرَائِرَ[5] فَيَخْتَارُ أَرْبَعًا[6]، وَالاخْتِيَارُ: اخْتَرْتُكِ، أَوْ قَرَّرْتُ نِكَاحَكِ، أَوْ أَمْسَكْتُكِ، أَوْ ثَبَّتُّكِ[7]، وَالطَّلَاقُ اخْتِيَارٌ[8]، لَا الظِّهَارُ وَالإِيلَاءُ فِي الأَصَحِّ[9]، وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ اخْتِيَارٍ وَلَا فَسْخٍ[10].

---

(١) لأنه إذا جاز له نكاح الأمة جاز له اختيارها.

(٢) لحرمة ابتداء نكاح واحدة منهن حينئذٍ.

(٣) لأنه يمتنع نكاح الأمة لمن تحته حرة، فيمتنع اختيارها.

(٤) إن حلت له، كما لو لم تكن حرة، لتبين أنها بانت بإسلامه، فهو كما لو تمحضت الإماء.

(٥) لكمالهن قبل انقضاء عدتهن.

(٦) لالتحاقهن بالحرائر الأصليات.

(٧) أما لفظ الاختيار والإمساك فلورودهما في حديث غيلان، وأما الألفاظ الباقية فلأنها في معناه.

(٨) لأنه إنما يخاطب به المنكوحة، فإذا طلق أربعًا انقطع نكاحهن بالطلاق واندفع الباقي شرعًا.

(٩) لأن الظهار محرم، والإيلاء حلف على الامتناع من الوطء، وكل منهما بالأجنبية أليق منه بالمنكوحة.

(١٠) لما تقرر أن الاختيار ابتداء أو استدامة للنكاح، وكل منهما يمتنع تعليقه ولأن مناط الاختيار الشهوة فلم يقبل تعليقًا، لأنها قد توجد وقد لا.

وَلَوْ حَصَرَ الاِخْتِيَار فِي خَمْس انْدَفَعَ مَنْ زَادَ[١]، وَعَلَيْهِ التَّعْيِينُ وَنَفَقَتُهُنَّ حَتَّى يَخْتَارَ[٢]، فَإِنْ تَرَكَ الاِخْتِيَارَ حُبِسَ[٣]، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ اعْتَدَّتْ حَامِلٌ بِهِ[٤]، وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ[٥]، وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِالأَكْثَرِ مِنَ الأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ [1] وَعَشْرٍ[٦]، وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ[٧].

فَصْلٌ

أَسْلَمَا مَعًا اسْتَمَرَّتِ النَّفَقَةُ[٨]، وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَلاَ[٩]، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ فِي الْجَدِيدِ[١٠].

....

(1) سقطت كلمة: أشهر، من خ أ.

---

(١) لجواز هذا الحصر، إذ يخف به الإبهام.

(٢) لأنهن محبوسات بسبب النكاح.

(٣) لامتناعه من واجب لا يقوم غيره مقامه فيه.

(٤) لأن بوضعه تنقضي عدة الوفاة والفراق.

(٥) احتياطًا لاحتمال الزوجية.

(٦) لأن كلاً منهن على انفرادها يحتمل أن تكون زوجة، بأن تختار فتعتد عدة الوفاة، وأن لا تكون زوجة بأن تفارق فتعتد بالأقراء، فاحتيط بما ذكر لتحل بيقين.

(٧) لعدم العلم بعين مستحقه.

(٨) لاستمرار النكاح.

(٩) لنشوزها بالتخلف عن الإسلام الواجب فورًا من غير رخصة.

(١٠) لنشوزها بالتخلف أيضًا.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلاً فَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ أَصَرَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ عَلَى الصَّحِيح[1]، وَإِنِ ارْتَدَّتْ فَلاَ نَفَقَة وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ[2]، وَإِنِ ارْتَدَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ[3].

* * *

(١) أما في الأولى فلأنها أدت فرضًا مضيقًا عليها فلا يمنع النفقة كصوم رمضان، وأما في الثانية فلأنها أحسنت وهو قادر على تقرير النكاح بإسلامه فجعلت كالرجعي.

(٢) لنشوزها بالردة، وتستحق من وقت الإسلام في العدة.

(٣) لأن المانع من جهته.

باب الخيار والإعفاف ونكاح العبد

وَجَدَ أَحَدُ زَوْجَيْنِ بِالآخَرِ جُنُونًا، أَوْ جُذَامًا، أَوْ بَرَصًا، أَوْ وَجَدَهَا رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ، أَوْ وَجَدَتْهُ عِنِّينًا أَوْ مَجْبُوبًا، ثَبَتَ الخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ[1]، وَقِيلَ: إِنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ فَلاَ[2]، وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَى وَاضِحًا فَلاَ فِي الأَظْهَرِ[3].

---

(١) لما روى البيهقي في الكبرى ٦/ ٢١٤، من طريق جميل بن زيد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني غِفَار، فلما أُدخلت رأى لِكَشْحها وضَحًا، فردها إلى أهلها، وقال: «دلستم عليَّ».
وعزاه الحافظ في التلخيص ٣/ ١٧٧، إلى أبي نعيم في الطب أيضًا، قال: وفيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه.
ولما روى مالك في الموطأ ٢/ ٢٢، عن سعيد بن المسيب أنه قال: «أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فإنها تُخيَّر، فإن شاءت قرت، وإن شاءت فارقت».
وأخرجه البيهقي كذلك في الكبرى ٦/ ٢١٤، عن سعيد من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأخرجه كذلك الشافعي في الأم ٥/ ٨٤ وعول عليه، لأن مثله لا يكون إلاَّ عن توقيف مع حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد».
أخرجه البخاري في الطب، باب الجذام برقم ٥٧٠٧، والمعنى في ذلك فوات الاستمتاع المقصود منه بواحد مما ذكر، حيث لا تكاد نفس أحد تطيب بجماع من هو به، والولد قلّ ما يسلم منه، فإن سلم أدرك نسله.

(٢) لتساويهما، ورد بأن الإنسانَ يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه.

(٣) لأن ما به من زيادة ثقبة في الرجل أو سلعة في المرأة لا تفوت مقصود النكاح.

وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ(١) إِلَّا عُنَّةً بَعْدَ دُخُولٍ(٢)، أَوْ بِهَا تَخَيَّرَ فِي الْجَدِيدِ(٣)، وَلَا خِيَارَ لِوَلِيٍّ بِحَادِثٍ(٤)، وَكَذَا بِمُقَارِنِ جَبٍّ وَعُنَّةٍ(٥)، وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ، وَكَذَا جُذَامٌ وَبَرَصٌ فِي الْأَصَحِّ(٦).

وَالْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ(٧)، وَالْفَسْخُ قَبْلَ دُخُولٍ يُسْقِطُ الْمَهْرَ(٨)، وَبَعْدَهُ الْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَهِلَهُ الْوَاطِئُ(٩)، وَالْمُسَمَّى إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ(١٠).

وَلَوِ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ فَالْمُسَمَّى(١١)، وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ فِي الْجَدِيدِ(١٢).

---

(١) لحصول الضرر به، سواء حدث قبل الدخول أم بعده.

(٢) لأنها عرفت قدرته على الوطء، ووصلت إلى حقها منه في النكاح من المهر وثبوت الحضانة إن ولدت له.

(٣) قياسًا على ما لو حدث به.

(٤) لأن حقه في الكفاءة في الابتداء دون الدوام، ولانتفاء العار فيه.

(٥) لأنه لا يعيّر بذلك، وضرره يعود إليها وقد رضيت به.

(٦) لأنه يعيّر بذلك، وخوف العدوى في النسل، فيتخير وإن رضيت به المرأة.

(٧) قياسًا على البيع، بجامع أنه خيار عيب، فيبادر بالرفع للحاكم على الوجه السابق.

(٨) لارتفاع النكاح الخالي عن الوطء بالعيب، سواء كان العيب مقارنًا للعقد أم حادثًا بعده.

(٩) لأنه إنما بذل المسمَّى ليستمتع بسليمة، ولم توجد فكأنْ لا تسمية فوجب العود إلى مهر المثل، لأن الوطء في النكاح لا يخلو عن مقابل، أما إذا علمه ثم وطىء فلا خيار لرضاه به.

(١٠) لأنه لما استمتع بسليمة استقر ولم يُعيَّر.

(١١) لتقرره بالوطء.

(١٢) لاستيفاء منفعة البضع المتقوم عليه بالعقد.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَى حَاكِمٍ[1]، وَكَذَا سَائِرُ الْعُيُوبِ فِي الأَصَحِّ[2]. وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ[3] أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِهِ[4]، وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي الأَصَحِّ[5].

وَإِذَا ثَبَتَتْ ضَرَبَ الْقَاضِي لَهُ سَنَةً[6] بِطَلَبِهَا[7]، فَإِذَا تَمَّتْ رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ: وَطِئْتُ حُلِّفَ[8]، فَإِنْ نَكَلَ حُلِّفَتْ[9] فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ[10]، وَقِيلَ: يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ[11].

وَلَوْ اعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي المُدَّةِ لَمْ تُحْسَبْ[12]، وَلَوْ

---

(١) لتوقف ثبوتها على مزيد نظر واجتهاد، ويغني عنه المحكَّم ولو مع وجود القاضي.

(٢) لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالإعسار.

(٣) قياسًا على سائر الحقوق.

(٤) بها، لا على العنَّة، لتعذر اطلاع الشهود عليها.

(٥) لأنها تعرفها منه بقرائن حاله وممارستها له. وقياسًا على جواز حلفها أنه نوى الطلاق بالكناية إذا دلت قرينة على ذلك.

(٦) لما روى البيهقي في الكبرى ٦/ ٢٢٦، عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في العنِّين يؤجل سنة فإن قدر وإلاَّ فُرِّق بينهما، ولها المهر وعليها العدة، ومن طريق الشعبي عن عمر أنه كان يؤجل سنة، وقال فيه: «لا أعلمه إلاَّ من يوم يرفع إلى السلطان».

(٧) لأن الحق لها.

(٨) إن طلبت يمينه، وذلك لتعذر إثبات الوطء، مع أن الأصل السلامة ودوام النكاح.

(٩) لأن النكول كالإقرار.

(١٠) بعد إثبات القاضي حق الفسخ أو العنَّة.

(١١) لأنه محل نظر واجتهاد، ورد بأن النظر والاجتهاد قد وقع بما سبق.

(١٢) لأن عدم الوطء حينئذٍ يضاف إليها.

رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ بَطَلَ حَقُّهَا[(١)]، وَكَذَا لَوْ أَجَّلَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ[(٢)].

وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا[(٣)]، فَأُخْلِفَ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ[(٤)]، ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْرًا مِمَّا شُرِطَ فَلَا خِيَارَ[(٥)]، وَإِنْ بَانَ دُونَهُ فَلَهَا الخِيَارُ[(٦)]، وَكَذَا لَهُ فِي الأَصَحِّ[(٧)].

وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ فَلَا خِيَارَ فِي الأَظْهَرِ[(٨)].

وَلَوْ أَذِنَتْ فِي تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفْؤًا فَبَانَ فِسْقُهُ، أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ وَحِرْفَتِهِ فَلَا خِيَارَ لَهَا[(٩)].

قُلْتُ: وَلَوْ بَانَ مَعِيبًا أَوْ عَبْدًا فَلَهَا الخِيَارُ[(١٠)]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

---

(١) لرضاها بالعيب.

(٢) لأنه على الفور، والتأجيلُ مُفَوِّت للفور.

(٣) من صفات الكمال كبكارة وشباب، أو النقص كضد ذلك، أو لا كمال ولا نقص كطول وبياض وسمرة.

(٤) لأن المعقود عليه معيَّن لا يتبدل بخلف الصفة المشروطة.

(٥) لأنه أفضل مما شرط.

(٦) للخلف المشروط عدمه.

(٧) الفسخ للغرر قياسًا على البيع، فيفسخ كل منهما ولو بغير قاض لحديث أبي هريرة رضي الله عنه: «المسلمون على شروطهم إلاّ شرطًا حرَّم حلالاً أو أحلَّ حرامًا» أخرجه أبو داود في الأقضية برقم ٣٥٩٤ والترمذي في الأحكام برقم ١٣٥٢ وقال: حسن صحيح.

(٨) لتقصيره بترك البحث أو الشرط.

(٩) لتقصيرها ووليها بترك البحث.

(١٠) لموافقة ما ظنته من الحريَّة والسلامة من العيب الغالب في الناس، ولأن نقص الرق =

وَمَتى فُسِـخَ بِخُلْفٍ فَحُكْمُ المَهْرِ وَالرُّجُوعِ بِهِ عَلَى الْغَارِّ مَا سبَقَ فِي الْعَيْبِ[1]، وَالمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ الْعَقْدَ[2].

وَلَوْ غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ وَصَحَّحْنَاهُ فَالْوَلَدُ قَبْلَ الْعِلْمِ حُرٌّ[3]، وَعَلَى المَغْرُورِ قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهَا[4]، وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَارِّ[5].

وَالتَّغْرِيرُ بِالحُرِّيَّةِ لاَ يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا[6] بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا[7]، فَإِنْ كَانَ مِنْهَا تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا[8]، وَلَوِ انْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا

= يؤدي إلى تضررها بإشغال سيده له عنها بخدمته، وبأنه لا ينفق نفقة المعسرين التي هي أقل واجب النفقة، ويتعير ولدها برق أبيه.

(١) فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا مهر ولا متعة، أو بعده بأن لم يعلم الحال إلاَّ بعده فمهر المثل على الأصح.

(٢) لأن الشروط إنما تؤثر في العقود إذا كانت في صلب العقد.

(٣) لظن الزوج حرِّيتها حين حصوله، سواء كان حرًا أو عبدًا وسواء فسخ العقد أم أجازه إذا ثبت له الخيار.

(٤) لأنه فوَّت عليه رقه التابع لرقها، بظنه حريتها.

(٥) لأنه الموقع له في غرامتها، مع كونه لم يدخل في العقد على أنه يضمن الولد بخلاف المهر.

(٦) لأنه إذا قال: زوجتك هذه الحرة، أو على أنها حرة أو نحو ذلك عتقت. لأنه لا يقبل الهزل لحديث ابن مسعود: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة، وفي رواية: «العتق» بدل «الرجعة». أخرجه أبو داود في الطلاق على الهزل برقم ٢١٩٤، والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل وعزاه الحافظ في التلخيص ٣/ ٢٠٩ بلفظ العتاق إلى الطبراني برقم ١١٨٤، وقال: حسن غريب.

(٧) لتعذره من السيد كما علمت، فتعين أن يكون من وكيله أو وليه فيكون خلف ظن أو شرط، أو منها فيكون خلف ظن فقط.

(٨) تطالب به غير المكاتبة بعد عتقها، لا بكسبها ولا برقبتها.

بِلَا جِنَايَةٍ فَلَا شَيْءَ فِيهِ[1].

وَمَنْ عَتَقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ[2]، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ[3]، فَإِنْ قَالَتْ: جَهِلْتُ الْعِتْقَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إِنْ أَمْكَنَ[4]، بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ غَائِبًا، وَكَذَا إِنْ قَالَتْ جَهِلْتُ الْخِيَارَ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ[5]، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ فَلَا مَهْرَ[6]، وَبَعْدَهُ بِعِتْقٍ بَعْدَهُ

---

(١) لأن حياته غير متيقنة.

(٢) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: كان في بريرة ثلاث قَضيَّاتٍ: أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها، فذكرتُ ذلك للنبي ﷺ فقال: «اشتريها وأعتقيها، فإن الولاء لمن أعتق»، قالت: وعتقت فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها، قالت: وكان الناس يتصدقون عليها وتَهدي لنا، فذكرتُ ذلك للنبي ﷺ فقال: «هو عليها صدقة، وهو لكم هدية فكلوه».
أخرجه مسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ١٠ (١٥٠٤)، وأبو داود في الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار برقم **٢٢٣٩**.
وفي رواية له عن ابن عباس رضي الله عنهما أن مُغيثًا كان عبدًا، فقال: يا رسول الله اشفع لي إليها، فقال رسول الله ﷺ: «يا بَرِيرةُ اتقي الله فإنه زوجك وأبو ولدك»، فقالت: يا رسول الله: أتأمرني بذلك؟ قال: لا إنما أنا شافع، فكانت دموعه تسيل على خده، فقال رسول الله ﷺ للعباس: «ألا تعجب من حب مُغيث بريرة، وبغضها إياه». أخرجه في الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد برقم **٢٢٣١**.
والمعنى في ذلك أنها تتعير بمن فيه رق. والشارع لا يكلفها ذلك.

(٣) قياسًا على خيار العيب في المبيع، ولحديث عائشة السابق، ففي رواية أبـي داود «إن قَرِبَك فلا خيار لك».

(٤) إذا صدقها ظاهر الحال، لأنَّ الأصل عدم علمها.

(٥) لأنه مما يخفى على غالب الناس.

(٦) لأن الفسخ من جهتها.

وَجَبَ المُسَمَّى[١]، أَوْ قَبْلَهُ فَمَهْرُ مِثْلٍ[٢]، وَقِيلَ: المُسَمَّى[٣].

وَلَوْ عَتَقَ بَعْضَهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عَتَقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ فَلاَ خِيَارَ[٤].

فَصْلٌ

يَلْزَمُ الْوَلَدَ إِعْفَافُ الأَبِ والأَجْدَادِ عَلَى المَشْهُورِ[٥]، بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ، أَوْ يَقُولَ: انْكِحْ وَأُعْطِيكَ المَهْرَ، أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ وَيُمْهِرَ، أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً أَوْ ثَمَنَهَا[٦]. ثُمَّ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا[٧]، وَلَيْسَ لِلأَبِ تَعْيِينُ

---

(١) لتقرره بالوطء قبل العلم.

(٢) لتقدم سبب الفسخ على الوطء، فصار كالوطء في نكاح فاسد.

(٣) لتقرره بالوطء قبل العلم.

(٤) لأن معتمد هذا الخيار الخبر، وليس شيء من الصور المذكورة في معنى صورته لبقاء النقص في الأولى والثانية، ولأنه لا يعتبر باستفراش الناقصة، ويمكنه التخلص بالطلاق.

(٥) لأنه من وجوه حاجاتهم المهمَّة كالنفقة والكسوة، ولئلا يعرضهم للزنا المُفضِي إلى الهلاك، وذلك لحديث جابر رضي الله عنه أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولدًا، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال: «أنت ومالك لأبيك». أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب ما للرجل من مال ولده برقم ٢٢٩١، وقال البوصيري في المصباح ٢/ ٢٥، إسناده صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري، وحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم».
أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده برقم ٣٥٢٨، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده برقم ١٣٥٨، وقال حسن صحيح.

(٦) لأن غرض الإعفاف يحصل بكل ذلك.

(٧) أما مؤنة أبيه فلما سيأتي في بابه ص ٣/ ٨٠، وأما مؤنتها فلأنها من تتمة الإعفاف.

النِّكَاحِ دُونَ التَّسَرِّي وَلَا رَفِيعَةٍ[1].

وَلَوِ اتَّفَقَا عَلَى مَهْرٍ فَتَعْيِينُهَا لِلأَبِ[2]، وَيَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ أَوِ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ[3]، وَكَذَا إِنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي الأَصَحِّ[4]، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ مُحْتَاجٍ إِلَى نِكَاحٍ[5]، وَيُصَدَّقُ إِذَا ظَهَرَتِ الحَاجَةُ بِلَا يَمِينٍ[6].

وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَةِ وَلَدِهِ[7]، وَالمَذْهَبُ وُجُوبُ مَهْرٍ لَا حَدٍّ[8]، فَإِنْ أَحْبَلَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ[9]، فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً لِلابْنِ لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لِلأَبِ[10]، وَإِلَّا فَالأَظْهَرُ أَنَّهَا تَصِيرُ[11]، وَأَنَّ عَلَيْهِ

---

(١) لأن المطلوب دفع الحاجة، وهي تندفع بالتسري وبغير رفيعة المهر.

(٢) لأنه أعرف بغرضه في قضاء شهوته، ولا ضرر فيه على الفرع.

(٣) لبقاء الحاجة إلى الإعفاف مع عدم التقصير.

(٤) قياسًا على الموت.

(٥) لشدة توقانه بحيث يشق عليه الصبر، وإن أمن الزنا، وليس تحته مَنْ تدفع حاجته.

(٦) لأن تحليفه في هذا المقام لا يليق بحرمته.

(٧) حكيا في التحفة، ٧/ ٢٦٤، والنهاية ٦/ ٣٢٥، الإجماع عليه، والذكر والأنثى سواء، وذلك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦، المعارج: ٣٠].

(٨) لما له في ولده من شبهة الملك الذي دل عليه حديث جابر رضي الله عنه السابق: «أنت ومالك لأبيك»، ولذلك لا يقطع لسرقة ماله، ولا يقتل به، ولشبهة الإعفاف الذي هو من جنس ما فعله، والحدود تدرأ بالشبهات كما سيأتي في بابه ص ٣/ ٢٠٦، فانتفى عنه بها الحد، ووجب عليه لولده المهر.

(٩) للشبهة كما لو وطأ أمة غيره بشبهة، وإن كان قنًّا.

(١٠) لأن أم الولد لا تقبل النقل.

(١١) لقوة الشبهة هنا، موسرًا كان أو معسرًا.

قِيمَتَهَا[١] مَعَ مَهْرٍ[٢]، لَا قِيمَةَ وَلَدٍ فِي الأَصَحِّ[٣]، وَنِكَاحُهَا [1] [٤].

فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ الأَمَةُ لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ فِي الأَصَحِّ[٥]. وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ مُكَاتَبِهِ[٦]، فَإِنْ مَلَكَ مُكَاتَبٌ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي الأَصَحِّ[٧].

فَصْلٌ

السَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لَا يَضْمَنُ مَهْرًا وَنَفَقَةً فِي الجَدِيدِ[٨]، وَهُمَا فِي كَسْبِهِ[٩] بَعْدَ النِّكَاحِ المُعْتَادِ وَالنَّادِرِ[١٠]، فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي

. . . .

(1) خ المغني والسراج: ويحرم نكاحها وهي أوضح.

---

(١) لصيرورتها مستولدة له.

(٢) لأنه وجب بالوطء.

(٣) لأنه التزم قيمة أمه وهو جزء منها، فاندرج فيها، ولأنه انعقد في ملكه إذ انتقل ملكه لها قبيل العلوق حتى يسقط ماؤه في ملكه، والقيمة إنما تجب بعد انفصاله، وذلك واقع في ملكه.

(٤) لأنها كأمته، لما له في مال ولده من شبهة الإعفاف كما تقدم.

(٥) لأنه يغتفر في الدوام لقوته ما لا يغتفر في الابتداء.

(٦) لما له في رقبته من شبهة الملك بتعجيزه نفسه.

(٧) قياسًا على ما لو ملكها سيده.

(٨) لعدم التزامها تعريضًا ولا تصريحًا، بل لو ضمن ذلك عند إذنه لم يضمنه لتقدم ضمانه على وجوبه.

(٩) لأنه بالإذن رضي بصرف كسبه فيهما، إذ الأمر بشيء أمر بلوازمه.

(١٠) المعتاد كالحرفة، والنادر كلقطة ووصية.

تِجَارَةٍ فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ[١]، وَكَذَا رَأْسُ مَالٍ فِي الأَصَحِّ[٢].

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا وَلاَ مَأْذُونًا لَهُ فَفِي ذِمَّتِهِ[٣]، وَفِي قَوْلٍ عَلَى السَّيِّدِ[٤]، وَلَهُ المُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ الاِسْتِمْتَاعُ[٥].

وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلاً لِلاِسْتِمْتَاعِ[٦]، وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهَارًا إِنْ تَكَفَّلَ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ وَإِلاَّ فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا[٧].

وَإِنِ اسْتَخْدَمَهُ بِلاَ تَكَفُّلٍ لَزِمَهُ الأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ المَهْرِ وَالنَّفَقَةِ[٨]، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ المَهْرُ وَالنَّفَقَةُ[٩].

وَلَوْ نَكَحَ فَاسِدًا وَوَطِىءَ فَمَهْرُ مِثْلٍ فِي ذِمَّتِهِ[١٠]، وَفِي قَوْلٍ: فِي رَقَبَتِهِ[١١].

وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ اسْتَخْدَمَهَا نَهَارًا وَسَلَّمَهَا لِلزَّوْجِ لَيْلاً[١٢]، وَلاَ نَفَقَة

---

(١) لأنه كسبه، وسواء حصل قبل النكاح أو بعده.

(٢) لأنه لزمه بعقد مأذون فيه فكان كدين التجارة.

(٣) قياسًا على القرض، للزومه برضا مستحقه. فيتبع به بعد العتق.

(٤) لأن الإذن في النكاح لمن هذه حاله التزام لِمُؤنه.

(٥) لملكه الرقبة فيقدم حقه على الزوج الذي يملك الاستمتاع فقط.

(٦) لأنه محله إذ هو وقت الاستراحة، فلو كان يعمل ليلا انعكس الحال.

(٧) لإحالته حقوق النكاح على كسبه.

(٨) لأنه أتلف منفعة باستخدامه، مع إذنه في النكاح، المقتضي لتعلقهما بكسبه.

(٩) لأنه ربما كسب في ذلك اليوم ما يفي بالجميع، لو أنه خلاَّه.

(١٠) للزومه برضا مستحقه كالقرض الذي أتلفه.

(١١) قياسًا على غير الوطء من الإتلافات.

(١٢) لأنه يملك منفعتي استخدامها والتمتع بها، وقد نقل الثانية للزوج فتبقى له الأخرى.

عَلَى الزَّوْجِ حِينَئِذٍ فِي الأَصَحِّ[١].

وَلَوْ أَخْلَى فِي دَارِهِ بَيْتًا، وَقَالَ لِلزَّوْجِ: تَخْلُوْ بِهَا فِيهِ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الأَصَحِّ[٢].

وَلِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا[٣] وَلِلزَّوْجِ صُحْبَتُهَا[٤]، وَالمَذْهَبُ أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ سَقَطَ مَهْرُهَا[٥]، وَأَنَّ الحُرَّةَ لَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا أَوْ قَتَلَ الأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ فَلاَ، كَمَا لَوْ هَلَكَتَا بَعْدَ دُخُولٍ[٦].

وَلَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً فَالْمَهْرُ لِلْبَائِعِ[٧] فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ دُخُولٍ فَنِصْفُهُ لَهُ[٨]، وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ[٩].

* * *

(١) لانتفاء التسليم والتمكين التام.

(٢) لأن الحياء والمروءة يمنعانه من دخولها، ولو فعل ذلك فلا نفقه عليه.

(٣) لأنه مالك رقبتها، فيقدم على مالك الاستمتاع.

(٤) ليستمتع بها ليلاً، أو وقت فراغها، ولا نفقة عليه لعدم التمكن التام وليس للسيد منعه من السفر صحبتها ولا إلزامه به.

(٥) لتفويته محله قبل تسليمه، وتفويتها كتفويته.

(٦) فإنه لا يسقط قطعًا لاستقراره بالدخول.

(٧) لأنه وجب بالعقد الواقع في ملكه.

(٨) لما ذكر من وقوعه في ملكه.

(٩) لأن السيد لا يثبت له على عبده دين، بدليل ما لو أتلف ماله فإنه لا ضمان عليه في الحال ولا بعد العتق، فلا حاجة إلى تسميته.

كتاب الصَّداق(١)

يُسَنُّ تَسْمِيَتُهُ فِي الْعَقْدِ(٢)، وَيَجُوزُ إِخْلَاؤُهُ مِنْهُ(٣).

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، أي عطية من الله مبتدأة، وقوله سبحانه: ﴿وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٢٥]، إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث كحديث سهل بن سعد في قصة الواهبة نفسها، وفيه قول النبي ﷺ: «التمس ولو خاتمًا من حديد»، متفق عليه، وقد تقدم ذكر بعضه ص ٤٢٢.

(٢) لأنه ﷺ لم يُخلِ نكاحًا عنه، ولأنه أدفع للخصومة بعد ذلك، ولئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي ﷺ لأن ذلك من خصائصه.

(٣) لحديث عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة؟» قال: نعم، وقال للمرأة: «أترضين أن أزوجك فلانًا؟» قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها الرجل ولم يفرض لها صداقًا ولم يعطها شيئًا، وكان ممن شهد الحديبية، له سهم بخيبر، فلما حضرته الوفاة قال: «إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقًا، ولم أعطها شيئًا، وإني أشهدكم أني أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر، فأخذت سهمًا فباعته بمائة ألف».
أخرجه أبو داود في النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتى مات برقم ٢١١٧، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٨٢، وصححه ووافقه الذهبي.
وحكى المحلي ٣/ ٢٧٥، وابن حجر ٧/ ٣٧٦، والرملي ٦/ ٣٣٥، الإجماع عليه، قالوا: لكن يكره، واستثنوا من ذلك ما لو كان محجورًا ورضيت رشيدة بأقل من مهر المثل، أو كانت محجورة أو مملوكة لمحجور، أو رشيدة وأذنت لوليها أن =

وَمَا صَحَّ مَبِيعًا صحَّ صَدَاقًا[١].

وَإِذَا أَصْدَقَ [1] عَيْنًا فَتَلِفَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَهَا ضَمَانَ عَقْدٍ[٢]، وفِي قَوْلٍ: ضَمَانَ يَدٍ[٣]، فَعَلَى الأَوَّلِ لَيْسَ لَهَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ[٤].

وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهِ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ[٥]، وَإِنْ أَتْلَفَتْهُ فَقَابِضَةٌ[٦]، وَإِنْ

....

(1) خ المغني والنهاية والسراج: وإذا أصدقها.

= يزوجها ولم تفوض، ورضي الزوج بأكثر من مهر المثل وجبت التسمية، ويشهد لعدم وجوب ذكره قول الله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فأثبت الطلاق مع عدم الفرض، والطلاق لا يقع إلاّ في نكاح صحيح، ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح بدونه.

(١) قل أو كثر، فإن انتهى في القلة إلى حد لا يُتموَّل فسدت التسمية ووجب مهر المثل. أما القلة فلحديث سهل السابق: «التمس ولو خاتمًا من حديد»، وهذا نهاية في القلة، ولكن له ثمن معلوم.

وأما الكثرة فلقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾ [النساء: ٢٠]، وقد جاء عن معاذ أن القنطار ألف ومائتا أوقية يعني من الذهب أو الفضة.

(٢) لأنها مملوكة بعقد معاوضة كالبيع بيد بائعه، فيضمنها بمهر المثل، ولا يبطل النكاح، لأنه ينعقد بدونه فلا يبطل بتلف الصداق.

(٣) كالمعار والمستام، لبقاء النكاح وعدم انفساخه بالتلف.

(٤) قياسًا على المبيع، ويجوز التقابل فيه ولها الاعتياض عمَّا في الذمة.

(٥) لانفساخ عقد الصداق بالتلف.

(٦) لحقها على القولين، لأنه من ضمانها حينئذٍ وأتلفت حقها، هذا إذا كانت رشيدة، وإلاّ فلا لعدم صحة قبضها.

أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ(١)، فَإِنْ فَسَخَتِ الصَّدَاقَ أَخَذَتْ مِنَ الزَّوْجِ مَهْرَ مِثْلٍ(٢) وَإِلاَّ غَرَّمَتِ الْمُتْلِفَ(٣)، وَإِنْ أَتْلَفَهُ الزَّوْجُ، فَكَتَلَفِهِ(٤)، وَقِيلَ: كَأَجْنَبِيٍّ(٥).

وَلَوْ أَصْدَقَ عَبْدَيْنِ فَتَلِفَ عَبْدٌ [1] قَبْلَ قَبْضِهِ انْفَسَخَ فِيهِ لاَ فِي الْبَاقِي عَلَى الْمَذْهَبِ(٦)، وَلَهَا الْخِيَارُ(٧)، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ(٨)، وَإِلاَّ فَحِصَّةُ التَّالِفِ [2] مِنْهُ(٩). وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ(١٠)، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ(١١) وَإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ(١٢).

. . . .

(1) خ التحفة والمغني والسراج: فتلف أحدهما.

(2) خ أ وظ: وإلاَّ فلا شيء.

---

(١) بين فسخ الصداق وإبقائه، قياسًا على ما مر في نظيره في البيع.

(٢) لأن العين تلفت قبل أن تستلمها.

(٣) لأنها رضيت ببقائه، فاستوجبته بذلك فلها الحق أن تطلب المتلف بالغرم، لأن كل عين يجب تسليمها لا يسقط ضمانها بتلفها.

(٤) أي بآفة سماوية فيجب به مهر المثل.

(٥) فيأتي فيه التفصيل السابق من التخيير.

(٦) تفريقًا للصفقة في الدوام.

(٧) لتلف بعض المعقود عليه.

(٨) لأنه لما تعذر دفع المسمى بتلف أحدهما، عادت إلى مهر المثل.

(٩) لرضاها بأخذ العوض عنه.

(١٠) لأنها لم ترض به معيبًا ولم يزل في ضمان الزوج حيث تعيب قبل قبضه.

(١١) لئلا يضيع حقها في المهر.

(١٢) لأنها رضيت به حينئذٍ، قياسًا على مشتر رضي بالعيب.

وَالْمَنَافِعُ الْفَائِتَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ لَا يَضْمَنُهَا(١)، وَإِنْ طَلَبَتِ التَّسْلِيمَ فَامْتَنَعَ ضمن ضَمَانَ (1) الْعَقْدِ(٢)، وَكَذَا الَّتِي(٣) اسْتَوْفَاهَا بِرُكُوبٍ وَنَحْوِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ(٤)، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِتَقْبِضَ الْمَهْرَ الْمُعَيَّنَ وَالْحَالَّ(٥) لَا الْمُؤَجَّلَ(٦)، فَلَوْ حَلَّ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَلَا حَبْسَ فِي الْأَصَحِّ(٧).

وَلَوْ قَالَ كُلٌّ: لَا أُسَلِّمُ حَتَّى تُسَلِّمَ، فَفِي قَوْلٍ: يُجْبَرُ (2) هُوَ(٨)، وَفِي قَوْلٍ: لَا إِجْبَارَ، وَمَنْ (3) سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ(٩)، والْأَظْهَرُ يُجْبَرَانِ،

. . . .

(1) سقطت كلمة: «ضمن» من النسخ المعتمدة، والمثبت من خ المغني والسراج.

(2) خ س: جبر.

(3) خ التحفة والمغني والنهاية: فمن.

---

(١) قياسًا على المبيع قبل القبض، حيث يستحق المنفعة مقابلة الغرم عملاً بقاعدة «الغنم بالغرم».

(٢) لتعديه حينئذٍ، فيضمنها من وقت الامتناع بأجرة المثل.

(٣) أي لا يضمن.

(٤) بناء على الأصح أن جنايته كالآفة.

(٥) لأن المهر في مقابلة البضع، وعِوضٌ عنه، فإذا امتنع الزوج من تسليم العوض، لم تجبر المرأة على تسليم المعوَّض، كما لا يجبر البائع على تسليم المبيع إذا امتنع المشتري من تسليم الثمن كما تقدم ص ٤٧.

(٦) لرضاها بالتأجيل.

(٧) لوجوب تسليمها نفسها قبل الحلول.

(٨) لأن استرداد الصداق ممكن بخلاف البضع.

(٩) لاستوائهما في ثبوت الحق لكل منهما على الآخر.

فَيُؤْمَرُ بِوَضْعِهِ عِنْدَ عَدْلٍ، وَتُؤْمَرُ بِالتَّمْكِينِ، فَإِذَا سَلَّمَتْ أَعْطَاهَا الْعَدْلُ (1) (١).

وَلَوْ بَادَرَتْ فَمَكَّنتْ طَالَبَتْهُ(٢)، فَإِنْ لَمْ يَطَا إِمْتَنَعَتْ حَتَّى يُسَلِّمَ(٣)، وَإِنْ وَطِيءَ فَلاَ(٤).

وَلَوْ بَادَرَ فَسَلَّمَ فَلْتُمَكِّنْ(٥)، فَإِنِ امْتَنَعَتْ (2) بِلاَ عُذْرٍ اسْتَرَدَّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يُجْبَرُ(٦). وَلَوِ اسْتَمْهَلَتْ لِتَنَظُّفٍ وَنَحْوِهِ أُمْهِلَتْ مَا يَرَاهُ قَاضٍ(٧)،

....

(1) خ المغني والسراج: زيادة: المهر.

(2) خ أ وس والتحفة والمحلى: فإن منعته.

---

(١) لأن في هذا فصل الخصومة، وهو مقتضى العدل بينهما.

(٢) على كل قول، لبذلها ما في وسعها.

(٣) لأن القبض في النكاح بالوطء دون التسليم.

(٤) لسقوط حقها بوطئه باختيارها، قياسًا على ما لو تبرع البائع بتسليم المبيع، فليس له استرداده ليحبسه.

(٥) وجوبًا إذا طلبه، لأنه فعل ما عليه.

(٦) والأصح لا يجبر كما تقدم آنفًا، فلا يرجع لتبرعه بالمبادرة.

(٧) لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إذا قدم أحدكم ليلاً فلا يأتيَّن أهلهُ طروقًا حتى تستحد المُغِيبة وتمتشط الشَّعِثَة».
أخرجه البخاري في العمرة، باب لا يطرق أهله ليلاً برقم ١٨٠١، ومسلم في الإمارة باب كراهة الطروق، وهو الدخول ليلاً لمن ورد من سفر برقم ١٨٢ (١٩٢٨)، واللفظ له. وجه الدلالة أنه إذا منع الزوج الغائب أن يطرقها ليلاً، فهنا أولى إذ العلة الذي كان من أجلها النهي موجودة هنا.

وَلاَ يُجَاوِزُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ(١) لاَ لِيَنْقَطِعَ حَيْضٌ(٢).

وَلاَ تُسَلَّمُ صَغِيرَةٌ وَلاَ مَرِيضَةٌ حَتَّى يَزُولَ مَانِعُ وَطْءٍ(٣)، وَيَسْتَقِرُّ المَهْرُ بِوَطْءٍ، وَإِنْ حَرُمَ كَحَائِضٍ(٤)، وَبِمَوْتِ أَحَدِهِمَا(٥)، لاَ بِخَلْوَةٍ فِي الجَدِيدِ(٦).

---

(١) لأن غرض نحو التنظيف لا يحتاج إلى أكثر من ذلك.

(٢) ونفاس، لأن مدته قد تطول، ويمكن الاستمتاع كله مع الحيض والنفاس بغير الوطء.

(٣) لتضررهما به.

(٤) لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، وفسر الإفضاء بالجماع، وقوله سبحانه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فلما ثبت له الرجوع بنصف الصداق بالطلاق قبل المسيس، دل على أنه لا يرجع عليها بشيء منه بعد المسيس.

(٥) لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها، ولم يفرض لها صداقًا فقال: لها الصداق كاملاً، وعليها العدة ولها الميراث، فقال مَعقِل بن سِنان رضي الله عنه: «سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بِرْوَع بنت واشِق».
أخرجه أبو داود في النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتى مات برقم ٢١١٤، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها صداقًا برقم ١١٤٥، والنسائي في النكاح، باب إباحة التزوج بغير صداق ٦/ ١٢١، وابن ماجه في النكاح، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها برقم ١٨٩١. وقال عنه الترمذي: حسن صحيح. والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٤٥، وصححه، وابن حبان في صحيحه كما في الإحسان برقم ٤٠٨٦.
وحكيا في التحفة ٧/ ٣٨٤ والنهاية ٦/ ٣٤١، إجماع الصحابة عليه.

(٦) لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والمسُّ الجماع، ولأن الخلوة ليست كالجماع في سائر الأحكام من حد أو غسل ونحوهما كالمهر في وطء الشبهة أو النكاح الفاسد.

فَصْلٌ

نَكَحَهَا بِخَمْرٍ أَوْ حُرٍّ أَوْ مَغْصُوبٍ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ[1]، وَفِي قَوْلٍ: قِيمَتُهُ[2]، أَوْ بِمَمْلُوكٍ وَمَغْصُوبٍ بَطَلَ فِيهِ، وَصَحَّ فِي المَمْلُوكِ فِي الأَظْهَرِ[3] وَتَتَخَيَّرُ[4]، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ[5]، وَفِي قَوْلٍ: قِيمَتُهُمَا[6].

وَإِنْ أَجَازَتْ فَلَهَا مَعَ المَمْلُوكِ حِصَّةُ المَغْصُوبِ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ بِحَسَبِ قِيمَتِهِمَا[7]، وَفِي قَوْلٍ: تَقْنَعُ بِهِ[8].

وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي وَبِعْتُكَ ثَوْبَهَا بِهَذَا الْعَبْدِ صَحَّ النِّكَاحُ[9]، وَكَذَا المَهْرُ وَالْبَيْعُ فِي الأَظْهَرِ[10]، وَيُوَزَّعُ الْعَبْدُ عَلَى الثَّوْبِ وَمَهْرِ مِثْلٍ.

---

(١) لفساد الصداق وصحة النكاح إذ الخمر ليس مالاً ولا يصح بيعه، وقد مضى شرط صحة الصداق من أنه ما صح بيعه جاز جعله صداقًا، والخمر والحر لا يصح بيعهما.
وأما المغصوب فلبقائه في ملك صاحبه، إذ المغصوب لا يملك.

(٢) بأن يقدر الخمر خلًّا، والحر عبدًا، والمغصوب مملوكًا، لأن ذكره يقتضي قصده دون قيمة البضع، ورد بأنه لا عبرة بقصد ما لا قيمة له، وذلك التقدير لا ضرورة إليه، مع سهولة الرجوع للبدل الشرعي للبضع.

(٣) تفريقًا للصفقة.

(٤) بين فسخ الصداق وإمضائه لأن المسمَّى لم يسلَّم لها.

(٥) عودًا بها إلى الأصل حتى لا يضيع حقها.

(٦) لما مضى من أن ذكره يقتضي قصده.

(٧) عملاً بالتوزيع.

(٨) لإجازتها.

(٩) لأنه لا يفسد بفساد المسمَّى.

(١٠) من قولي جمع الصفقة مختلفتي الحكم، لأن بعض العبد ثمن وبعضه صداق.

وَلَوْ نَكَحَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لأَبِيهَا أَوْ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفًا فَالْمَذْهَبُ فَسَادُ الصَّدَاقِ، وَوُجُوبُ مَهْرِ الْمُثْلِ[1].

وَلَوْ شَرَطَ خِيَارًا فِي النِّكَاحِ بَطَلَ النِّكَاحُ[2]، أَوْ فِي المَهْرِ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ[3] لَا المَهْرِ[4].

وَسَائِرُ الشُّرُوطِ إِنْ وَافَقَ مُقْتَضَى النِّكَاحِ أَوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ لَغَا[5]، وَصَحَّ النِّكَاحُ وَالمَهْرُ[6].

وَإِنْ خَالَفَ وَلَمْ يُخِلَّ بِمَقْصُودِهِ الأَصْلِيِّ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا، صَحَّ النِّكَاحُ[7] وَفَسَدَ الشَّرْطُ[8] وَالمَهْرُ[9]،

---

(١) لأنه جعل بعض ما التزمه في مقابلة البضع، لغير الزوجة. فبطل المسمَّى ووجب مهر المثل.

(٢) لأن النكاح مبناه على اللزوم والدوام، فشرط ما يخالف قضيته يمنع الصِّحة.

(٣) لأن فساد الصداق لا يؤثر في النكاح لاستقلاله.

(٤) لأن الصداق لم يتمحض للعوضِيَّة بل فيه شائبة النِّحلة فلم يَلقْ به الخيار لأنه إنما يكون في المعاوضة المحضة.

(٥) لانتفاء فائدته.

(٦) قياسًا على البيع كما تقدم.

(٧) لأنه إذا لم يفسد بفساد العوض فلأن لا يفسد بفساد الشرط المذكور أولى.

(٨) لحديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله. ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق».
أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل برقم ٢١٦٨، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ٨ (١٥٠٤).

(٩) لأن الشرط إن كان لها فلم ترض بالمسمى وحده، وإن كان عليها فلم يرض الزوج ببدل المسمَّى إلَّا عند سلامة ما شرطه، وليس له قيمة ما يرجع إليها فوجب الرجوع إلى مهر المثل.

وَإِنْ أَخَلَّ كَأَنْ لاَ يَطَأَ أَوْ يُطلِّقَ بَطَلَ النِّكَاحُ(١).

وَلَوْ نَكَحَ نِسْوَةً بِمَهْرٍ فَالأَظْهَرُ فَسَادُ المَهْرِ(٢)، وَلِكُلٍّ مَهْرُ مِثْلٍ(٣)، وَلَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ بِفَوْقِ مَهْرِ مِثْلٍ أَوْ أَنْكَحَ بِنْتًا لاَ رَشِيدَةً، أَوْ رَشِيدَةً بِكْرًا بِلاَ إِذْنٍ، بِدُونِهِ فَسَدَ المُسَمَّى(٤)، وَالأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ مِثْلٍ(٥).

وَلَوْ تَوَافَقُوا عَلَى مَهْرٍ [1] سِرًّا وَأَعْلَنُوا زِيَادَةً فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَا عَقَدَ بِهِ(٦)، وَلَوْ قَالَتْ لِوَلِيِّهَا زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ فَنَقَصَ عَنْهُ بَطَلَ النِّكَاحُ(٧)، فَلَوْ أَطْلَقَتْ فَنَقَصَ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ بَطَلَ(٨)، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ بِمَهْرِ مِثْلٍ(٩).

....

(1) خ المغني والسراج: زيادة: كان سرًا ولا معنى لها.

---

(١) لأنه ينافي مقصود العقد فأبطله.

(٢) للجهل بما يخص كل واحدة، مع اختلاف المستحق.

(٣) لما مر من وجوب الرجوع إلى مهر المثل عند فساد المسمَّى.

(٤) لانتفاء الحظ المشترط في تصرف الولي بالزيادة في الأولى. والنقص فيما بعدها.

(٥) لأنه لا يفسد بفساد الصداق.

(٦) اعتبارًا بالعقد، لأن المهر إنما يجب به فلم ينظر لغيره، وسواء كان العقد بالأقل أم بالأكثر، فإن عقد سرًا بألف ثم أعيد بألفين علانية فالواجب ألف، وإن توافقوا سرًا على ألف من غير عقد، ثم عقد علانية بألفين فالواجب ألفان.

(٧) للمخالفة.

(٨) لأن الإذن المطلق محمول على مهر المثل فكأنها قيدته به.

(٩) لأن المخالفة ليست صريحة.

قُلْتُ: الأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ فِي الصُّورَتَيْنِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ[1]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

قَالَتْ رَشِيدَةٌ: زَوِّجْنِي بِلاَ مَهْرٍ فَزَوَّجَ: وَنَفَى المَهْرَ أَوْ سَكَتَ فَهُوَ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ[2]، وَكَذَا لَوْ قَالَ سَيِّدُ أَمَةٍ: زَوَّجْتُكَهَا بِلاَ مَهْرٍ[3].

وَلاَ يَصِحُّ تَفْوِيضُ غَيْرِ رَشِيدَةٍ[4].

وَإِذَا جَرَى تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ شَيْءٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ[5]، فَإِنْ وَطِىءَ فَمَهْرُ مِثْلٍ[6]، وَيُعْتَبَرُ بِحَالِ الْعَقْدِ فِي الأَصَحِّ[7]، وَلَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ بِأَنْ

---

(١) قياسًا على سائر الأسباب المفسدة للصداق، ولأن البضع له مَردٌّ شرعي يرد إليه. ولعموم حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في قصَّة بروع بنت واشق، المتقدم ذكره ص ٤٨٢.

(٢) لأن حقيقة التفويض شرعًا إخلاء النكاح عن المهر وقد وجد.

(٣) لأنه المستحق للمهر فأشبه الرشيدة.

(٤) لأنها غير أهل للتبرع.

(٥) لقول الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. فلو وجب به لتشطَّر بالطلاق قبل الدخول كالمسمى الصحيح، وقد دلت الآية السابقة على أنه لا يجب إلاَّ المتعة.

(٦) لأن الوطء لا يباح بالإباحة، إذ البضع حق الله تعالى، فوجب فيه مهر المثل.

(٧) لأنه المقتضي للوجوب بالوطء.

يَفْرِضَ مَهْرًا [1]، وَحَبْسُ نَفْسِهَا لِيَفْرِضَ(١)، وَكَذَا لِتَسْلِيمِ المَفْرُوضِ فِي الأَصَحِّ(٢).

وَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا بِمَا يَفْرِضُهُ الزَّوْجُ(٣)، لَا عِلْمُهَا بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الأَظْهَرِ(٤)، وَيَجُوزُ فَرْضُ مُؤَجَّلٍ فِي الأَصَحِّ(٥)، وَفَوْقَ مَهْرِ مِثْلٍ(٦)، وَقِيلَ: لَا إِنْ كَانَ [2] مِنْ جِنْسِهِ(٧).

وَلَوِ امْتَنَعَ مِنَ الْفَرْضِ أَوْ تَنَازَعَا فِيهِ فَرَضَ الْقَاضِي نَقْدَ الْبَلَدِ حَالًّا(٨).

قُلْتُ: وَيَفْرِضُ مَهْرَ مِثْلٍ(٩) وَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِهِ(١٠)، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

....

(1) خ ط والنهاية: لها مهرًا.

(2) خ س: إن كانت.

---

(١) لتكون على بصيرة في تسليم نفسها.

(٢) كالمسمَّى في العقد.

(٣) ليتعين كالمسمَّى، إذ الحق لها. هذا إن نقص عن مهر المثل.

(٤) لأنه ليس بدلاً عنه، بل الواجب أحدهما.

(٥) قياسًا على جواز تأجيل المسمَّى.

(٦) لأن مهر المثل ليس بدلاً كما تقدم، مع قول الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠].

(٧) بناءً على أنه بدل عنه.

(٨) لأن منصبه فصل الخصومات وهذا منها، ولكن لا يفرضه إلاَّ بعد معرفة مهر المثل لأنه لا يملك الفرض إلاَّ بذلك.

(٩) لأنه قيمة البضع، ودفعًا للضرر على الجانبين.

(١٠) لئلا يزيد عليه أو ينقص.

وَلَا يَصِحُّ فَرْضُ أَجْنَبِيٍّ مِنْ مَالِهِ فِي الأَصَحِّ(١)، وَالْفَرْضُ الصَّحِيحُ كَمُسَمًّى فَيَتَشَطَّرُ بِطَلَاقٍ قَبْلَ وَطْءٍ(٢)، وَلَوْ طَلَّقَ قَبْلَ فَرْضٍ وَوَطْءٍ فَلَا تَشْطِيرَ (1) (٣)، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَهُمَا لَمْ يَجِبْ مَهْرُ مِثْلٍ (2) فِي الأَظْهَرِ(٤).

قُلْتُ: الأَظْهَرُ وُجُوبُهُ(٥)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

مَهْرُ المِثْلِ: مَا يُرْغَبُ بِهِ فِي مِثْلِهَا(٦)، وَرُكْنُهُ الأَعْظَمُ نَسَبٌ(٧)،

(1) خ ط والنهاية: فلا تشطُّر.

(2) خ ط: المثل.

---

(١) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٣) لمفهوم قول الله تعالى في الآية السابقة: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٤) قياسًا على فرقة الطلاق.

(٥) لقضاء رسول الله ﷺ بذلك في بروع بنت واشق السابق ص٤٨٢ كما في حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق، فقال: «لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث» فقال معقل بن سنان: سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بِرْوَع بنت واشِق».
ولأن الموت كالوطء في تقرير المسمَّى، فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض.

(٦) عادة من حيث النسب والصنعة.

(٧) لأن التفاخر إنما يقع به غالبًا فتختلف الرغبات فيه مطلقًا.

فَيُرَاعَى أَقْرَبُ مَنْ تُنْسَبُ إِلَى مَنْ تُنْسَبُ إِلَيْهِ[١]، وَأَقْرَبُهُنَّ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ، ثُمَّ لِأَبٍ، ثُمَّ بَنَاتُ أَخٍ، ثُمَّ عَمَّاتٌ كَذَلِكَ[٢]، فَإِنْ فُقِدَ نِسَاءُ الْعَصَبَةِ، أَوَ لَمْ يُنْكَحْنَ، أَوْ جُهِلَ مَهْرُهُنَّ، فَأَرْحَامٌ كَجَدَّاتٍ وَخَالَاتٍ[٣].

وَيُعْتَبَرُ سِنٌّ، وَعَقْلٌ، وَيَسَارٌ، وَبَكَارَةٌ، وَثُيُوبَةٌ، وَمَا اخْتَلَفَ بِهِ غَرَضٌ[٤]، فَإِنْ اخْتَصَّتْ بِفَضْلٍ أَوْ نَقْصٍ؛ زِيدَ أَوْ نُقِصَ لَائِقٌ بِالحَالِ[٥]، وَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ لَمْ تَجِبْ مُوَافَقَتُهَا[٦]، وَلَوْ خَفَضْنَ لِلْعَشِيرَةِ فَقَطْ اعْتُبِرَ[٧].

وَفِي وَطْءِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ مَهْرُ مِثْلٍ[٨] يَوْمَ الْوَطْءِ[٩]، فَإِنْ تَكَرَّرَ فَمَهْرٌ[١٠] فِي أَعْلَى الأَحْوَالِ[١١].

---

(١) لقضائه ﷺ في بروع بنت واشق كما تقدم آنفًا.

(٢) أي لأبوين ثم لأب، لأن المدلي بجهتين مقدم على المدلي بجهة.

(٣) لأنهن أولى بالاعتبار من الأجانب.

(٤) كالعلم والشرف والجمال والعفّة والفصاحة، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات، ولأن المهر قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التي يختلف بها العوض.

(٥) بحسب ما يراه الحاكم باجتهاده.

(٦) اعتبارًا بغالبهنَّ.

(٧) لأن المهر يختلف بذلك غالبًا.

(٨) لاستيفائه منفعة البضع.

(٩) لأنه وقت الإتلاف.

(١٠) واحد لاتحاد الشبهة في الكل.

(١١) لأنه لو لم يقع إلاَّ الوطأة فيها لوجب ذلك المهر.

قُلْتُ: وَلَوْ تكَرَّرَ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ وَاحِدَةٍ فَمَهْرُ (1) [١]، فَإِنْ تَعَدَّدَ جِنْسُهَا تَعَدَّدَ المَهْرُ[٢]، وَلَوْ كَرَّرَ وَطْءَ مَغْصُوبَةٍ أَوْ مُكْرَهَةٍ عَلَى زِنًا تَكَرَّرَ المَهْرُ[٣]، وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءُ الأَبِ وَالشَّرِيكِ وَسَيِّدٍ مُكَاتَبَةً فَمَهْرٌ[٤]، وَقِيلَ: مُهُورٌ[٥]، وَقِيلَ: إِنِ اتَّحَدَ المَجْلِسُ فَمَهْرٌ، وَإِلَّا فَمُهُورٌ[٦]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

الْفُرْقَةُ قَبْلَ وَطْءٍ مِنْهَا أَوْ بِسَبَبِهَا كَفَسْخِهِ بِعَيْبِهَا تُسْقِطُ المَهْرَ[٧]، وَمَا لَا كَطَلَاقٍ وَإِسْلَامِهِ وَرِدَّتِهِ وَلِعَانِهِ وَإِرْضَاعِ أُمِّهِ أَوْ أُمِّهَا يُشَطِّرُهُ[٨]، ثُمَّ قِيلَ: مَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنَّ لَهُ خِيَارَ الرُّجُوعِ[٩]، وَالصَّحِيحُ عَوْدُهُ بِنَفْسِ

....

(1) خ ط: فمهر مثل.

---

(١) لشمول الشبهة هنا للكل.

(٢) لأن تعددها كتعدد النكاح.

(٣) لأن سببه الإتلاف وقد تعدد بتعدد الوطآت، ولانتفاء الشبهة الملحقة بالنكاح.

(٤) لشمول شبهة الإعفاف والملك لجميع الوطآت.

(٥) لتعدد الإتلاف في ملك الغير مع العلم بالمال.

(٦) لانقطاع كل مجلس عن الآخر.

(٧) لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة فكأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط العوض، كما لو أتلفت المبيع قبل التسليم، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة.

(٨) للنص عليه في الطلاق حيث قال سبحانه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وقيس عليه الباقي.

(٩) لأنه لا يدخل في الملك بغير اختيار سوى الإرث.

الطَّلَاقِ[1]، فَلَوْ زَادَ بَعْدَهُ فَلَهُ[2]، وَإِنْ طَلَّقَ وَالمَهْرُ تَالِفٌ فَنِصْفُ بَدَلِهِ مِنْ مِثْلٍ أَوْ قِيمَةٍ[3].

وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهَا، فَإِنْ قَنِعَ بِهِ[4] وَإِلَّا فَنِصْفُ قِيمَتِهِ سَلِيمًا[5]، وَإِنْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهَا فَلَهُ نِصْفُهُ نَاقِصًا بِلَا خِيَارٍ[6]، فَإِنْ عَابَ بِجِنَايَةٍ وَأَخَذَتْ أَرْشَهَا فَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نِصْفَ الأَرْشِ[7]، وَلَهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ[8]، وَلَهَا خِيَارٌ فِي مُتَّصِلَةٍ[9]، فَإِنْ شَحَّتْ فَنِصْفُ قِيمَةٍ بِلَا زِيَادَةٍ[10]، وَإِنْ سَمَحَتْ لَزِمَهُ الْقَبُولُ[11].

---

(١) لظاهر الآية السابقة.

(٢) لحدوثه في ملكه.

(٣) لأنه لو كان باقيًا لأخذ نصفه، فإذا فات رجع بنصف بدله كما في الرد بالعيب إذا وجد ثمنه تالفًا.

(٤) أي النصف معيبًا أخذه بلا أرش.

(٥) دفعًا للضرر عنه، إذ لا يلزمه الرضا بالمعيب فله العدول إلى بدله.

(٦) لأنه نقص حال كونه من ضمانه.

(٧) لأنه بدل الفائت.

(٨) لأنها حدثت في ملكها وهي متميزة فلم تتبع الأصل في الرد، كالمشتري إذا حدث في ملكه نماء مميز، ثم وجد بالمبيع عيبًا فرده به، ولقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والزائد غير مفروض.

(٩) لأن هذه الزيادة حدثت في ملكها فكانت بالخيار، ولم يلزمها تسليمها كما لو كانت منفصلة.

(١٠) لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والزائد غير مفروض، ولا يمكن الرد دونها، فجعل المفروض كالهالك.

(١١) لأنه يرجع أكمل ما دفع إليها، ولا تعظم في ذلك المنَّة.

وَإِنْ زَادَ وَنَقَصَ كَكِبَرِ عَبْدٍ وَطُولِ نَخْلَةٍ وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ مَعَ بَرَصٍ، فَإِنْ اتَّفَقَا بِنِصْفِ الْعَيْنِ(١)، وَإِلاَّ فَنِصْفُ قِيمَةٍ(٢)، وَزِرَاعَةُ الأَرْضِ نَقْصٌ(٣)، وَحَرْثُهَا زِيَادَةٌ(٤)، وَحَمْلُ أَمَةٍ (1) وَبَهِيمَةٍ زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ(٥). وَقِيلَ: الْبَهِيمَةُ زِيَادَةٌ(٦)، وَإِطْلاَعُ نَخْلٍ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ(٧).

وَإِنْ طَلَّقَ وَعَلَيْهِ ثَمَرٌ مُؤَبَّرٌ لَمْ يَلْزَمْهَا قَطْفُهُ (2) (٨)، فَإِنْ قُطِفَ (3) تَعَيَّنَ نِصْفُ النَّخْلِ(٩)، وَلَوْ رَضِيَ بِنِصْفِ النَّخْلِ وَتَبْقِيَةِ الثَّمَرِ إِلَى جَدَادِهِ

....

(1) سقطت كلمة: أمة، من خ س.

(2) خ ط: قطفه، بالفاء.

(3) خ المغني والسراج: فإن قطفت.

---

(١) جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما، والنقص في العبد من حيث القيمة لأن الصغير يدخل على النساء ولا يعرف الغوائل، ويقبل التأديب والرياضة، والنخلة ثمرتها تقل، والزيادة فيها بكثرة الحطب، وفي العبد لأنه أقوى على الشدائد والأسفار وأحفظ لما يستحفظ.

(٢) لأنه العدل، ولا تجبر هي على دفع نصف العين للزيادة، ولا هو على قبوله للنقص.

(٣) لأنها تستوفي قوتها غالبًا.

(٤) لأنه يهيئها للزرع المعدة له.

(٥) أما الزيادة فلتوقع الولد، وأما نقصها فلأن فيها الضعف حالاً وخوف الموت مآلاً.

(٦) لأنها لا تهلك به غالبًا.

(٧) لعدم إمكان تميزها، فيمنع الزوج من الرجوع القهري لحدوثها بملكها.

(٨) لأنه حدث في ملكها فتمكن من إبقائه إلى الجداد.

(٩) لعدم الضرر عليه، إذا لم يمتد زمن القطف ولم يحدث به نقص في النخل.

أُجْبِرَتْ فِي الأَصَحِّ[(١)]، وَيَصِيرُ النَّخْلُ فِي يَدِهِمَا[(٢)]، وَلَوْ رَضِيَتْ بِهِ فَلَهُ الامْتِنَاعُ وَالْقِيمَةُ[(٣)].

وَمَتَى ثَبَتَ خِيَارٌ لَهُ أَوْ لَهَا[(٤)] لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذُو الاخْتِيَارِ[(٥)]، وَمَتَى رَجَعَ بِقِيمَةٍ اعْتُبِرَ الأَقَلُّ مِنْ يَوْمَي الإِصْدَاقِ وَالْقَبْضِ[(٦)].

وَلَوْ أَصْدَقَ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ وَطَلَّقَ قَبْلَهُ، فَالأَصَحُّ تَعَذُّرُ تَعْلِيمِهِ[(٧)]، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ بَعْدَ وَطْءٍ، وَنِصْفُهُ قَبْلَهُ[(٨)].

وَلَوْ طَلَّقَ وَقَدْ زَالَ مِلْكُهَا عَنْهُ فَنِصْفُ بَدَلِهِ[(٩)]، فَإِنْ كَانَ زَالَ، وَعَادَ تَعلَّقَ بِالْعَيْنِ فِي الأَصَحِّ[(١٠)].

---

(١) لعدم الضرر عليها فيه.

(٢) كبقية الأموال المشتركة.

(٣) لأن حقه ناجز في العين أو القيمة فلا يؤخر إلاَّ برضاه.

(٤) لحدوث نقص أو زيادة أولهما.

(٥) لئلا تبطل فائدة التخيير.

(٦) لأن الزيادة على قيمة يوم الإصداق حادثة في ملكها، لا تعلق للزوج بها والنقص عنها من ضمانه فلا يرجع عليها.

(٧) لأنها صارت محرمة عليه لا يجوز الاختلاء بها، لعدم الأمن من المفسدة لما وقع بينهما من قرب الألفة وامتداد طمع كل إلى الآخر.

(٨) جريًا لقاعدة تلف الصداق قبل القبض، ولو علمها ثم فارقها بعد وطء فلا شيء له، وإلاَّ رجع عليها بأجرة مثل الكل إن لم يجب شطر، وإلاَّ فبأجرة مثل نصفه.

(٩) من مِثلٍ في المثلي وقيمة في المتقوم.

(١٠) لوجودها في ملك الزوجة، إذ لا بد له من بدل فعين ماله أولى.

وَلَوْ وَهَبَتْهُ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَ فَالأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ نِصْفَ بَدَلِهِ(١)، وَعَلَى هَذَا لَوْ وَهَبَتْهُ النِّصْفَ فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي وَرُبُعُ بَدَلِ كُلِّهِ(٢)، وَفِي قَوْلٍ: النِّصْفُ الْبَاقِي(٣)، فِي قَوْلٍ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَدَلِ نِصْفِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِ الْبَاقِي وَرُبُعِ بَدَلِ كُلِّهِ(٤).

وَلَوْ كَانَ دَيْنًا فَأَبْرَأَتْهُ لَمْ يَرْجِـعْ عَلَيْهَا عَلَى الْمَذْهَبِ(٥)، وَلَيْسَ لِوَلِيٍّ عَفْوٌ عَنْ صَدَاقٍ عَلَى الجَدِيدِ(٦).

فَـصْـلٌ

لِمُطَلَّقَةٍ قَبْلَ وَطْء مُتْعَةٌ إِنْ لَمْ يَجِبْ شَطْرُ مَهْرٍ(٧)، وَكَذَا لِمَوْطُوءَةٍ

---

(١) لأنه عاد إليه بملك جديد، فهو كما لو وهب ما اشتراه من بائعه ثم أفلس بالثمن، فإن البائع يضارب به.

(٢) لأن الهبة وردت على مطلق النصف، فتشيع فيما أخرجته وما أبقته.

(٣) لأنه استحق النصف بالطلاق وقد وجده فانحصر حقه فيه.

(٤) لئلا يلحقه ضرر التشطير إذ هو عيب.

(٥) لأنه لم يغرم شيئًا، قياسًا على ما لو شهد شاهدان بدين وحكم به، ثم أبرأ منه المحكوم له، ثم رجعا لم يغرما للمحكوم عليه شيئًا.

(٦) لأن ذلك حقها، وليس للولي التصرف فيه إلاَّ برضاها، كسائر الحقوق.

(٧) بأن كانت مفوّضة ولم يفرض لها شيء، وذلك لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وتسميته إحسانًا لا ينافي وجوبه، لأن فاعل الواجب محسن أيضًا ولذلك سمي حقًا.

فِي الأَظْهَرِ[١]، وَفُرْقَةٌ لاَ بِسَبَبِهَا كَطَلاَقٍ[٢]، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لاَ تَنْقُصَ عَنْ ثَلاَثِينَ دِرْهَمًا[٣]، فَإِنْ تَنَازَعَا قَدَّرَهَا الْقَاضِي بِنَظَرِهِ مُعْتَبِرًا حَالَهُمَا[٤]، وَقِيلَ: حَالَهُ[٥]، وَقِيلَ: حَالَهَا[٦]، وَقِيلَ: أَقَلَّ مَالٍ [1] [٧].

....

(1) خ المحلي والسراج: متموَّل.

---

(١) لعموم قوله سبحانه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١]، وخصوص قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

والآية وإن كانت في نساء النبي ﷺ إلاَّ أن العلة أنهن نساء دُخل بهن، ولأن ما حصل من المهر لها، بدل عن الوطء، وبقي الابتذال بغير بدل، فوجب لها المتعة كالمفوِّضة قبل الدخول، وسواء طلقت طلاقًا بائنًا أو رجعيًا، وذلك جبرًا لخاطرها من الإيحاش وعوضًا عن الابتذال، ولقلة الرغبة فيها بالطلاق.

(٢) أي في إيجاب المتعة، فإذا كانت قبل الدخول فلا متعة، وإن كانت بعد الدخول وجبت لها المتعة لما ذكر، فإن كانت الفرقة بسببها كردتها أو فسخ النكاح بعيب فيها، فلا متعة، سواء قبل الدخول أو بعده، لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد، وقلَّة الرغبة فيها بالطلاق، وقد حصل ذلك بسببها فلم تجب.

(٣) لما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «يمتعها بثلاثين درهمًا». واستحسنه الشافعي. والثلاثون درهمًا وزنها ٨٩,٢٥ جرامًا، وتقدر في كل زمان بقيمتها إن لم تدفع فضَّة.

(٤) يسارًا وإعسارًا لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

(٥) لظاهر الآية، حيث اعتبر فيه حاله دون حالها.

(٦) لأن المتعة بدل عن المهر، بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لها متعة، والمهر معتبر بحالها فكذلك المتعة.

(٧) قياسًا على الصداق وقد مر أنه يصح بأقل متمول.

فَصْلٌ

اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَهْرٍ أَوْ صِفَتِهِ تَحَالَفَا[١]، وَيَتَحَالَفُ وَارِثَاهُمَا أَوْ وَارِثُ وَاحِدٍ وَالآخَرُ[٢] ثُمَّ يُفْسَخُ المَهْرُ[٣]، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ[٤].

وَلَوِ ادَّعَتْ تَسْمِيَةً فَأَنْكَرَهَا تَحَالَفَا فِي الأَصَحِّ[٥]، وَلَوِ ادَّعَتْ نِكَاحًا وَمَهْرَ مِثْلٍ فَأَقَرَّ بِالنِّكَاحِ وَأَنْكَرَ المَهْرَ أَوْ سَكَتَ فَالأَصَحُّ تَكْلِيفُهُ الْبَيَانَ[٦]، فَإِنْ ذَكَرَ قَدْرًا وَزَادَتْ تَحَالَفَا[٧]، وَإِنْ أَصَرَّ مُنْكِرًا حَلَفَتْ وَقُضِيَ لَهَا[٨].

وَلَوْ اخْتَلَفَ فِي قَدْرِهِ زَوْجٌ وَوَلِيُّ صَغِيرَةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ تَحَالَفَا فِي الأَصَحِّ[٩].

وَلَوْ قَالَتْ: نَكَحَنِي يَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ، وَيَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ، وَثَبَتَ الْعَقْدَانِ

---

(١) قياسًا على البيع، لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف في قدر عوضه وأجله، وكل واحد منهما مدع ومدَّعى عليه.

(٢) لقيامه مقام مورثه.

(٣) لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض.

(٤) لأن المسمَّى سقط وتعذر الرجوع إلى المعوَّض فوجب بدله، كما لو تحالفا في الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري.

(٥) لرجوع ذلك إلى الاختلاف في القدر، لأنه يقول الواجب مهر المثل وهي تدَّعي زيادة عليه.

(٦) لمهر المثل، لأن النكاح يقتضي المهر.

(٧) لأنه اختلاف في قدر المهر.

(٨) ولا يقبل قولها ابتداء، لأن النكاح قد يقبل بأقل متموَّل.

(٩) لأنه باشر العقد، وله ولاية قبض المهر، ويقبل إقراره في النكاح والمهر، فكان تحليفه كالوكيل في البيع.

بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ لَزِمَهُ [1] أَلْفَانِ[1]، فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَطَأْ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[2] وَسَقَطَ الشَّطْرُ[3]، وَإِنْ قَالَ: كَانَ الثَّانِي تَجْدِيدَ لَفْظٍ لَا عَقْدًا لَمْ يُقْبَلْ.

فَصْلٌ

وَلِيمَةُ الْعُرْسِ سُنَّةٌ[4]، وفِي قَوْلٍ، أَوْ وَجْهٍ وَاجِبَةٌ[5]، وَالإِجَابَةُ إِلَيْهَا فَرْضُ عَيْنٍ[6].

....

(1) خ أ س وب والمحلي: لزم.

---

(١) لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ثم تزوجها يوم الأحد فلزمه المهران.

(٢) لأن الأصل عدم الوطء.

(٣) إذ هو فائدة تصديقه.

(٤) لثبوتها عنه ﷺ قولاً وفعلاً، أما القول فمنه ما رواه أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ رأى عبد الرحمن بن عوف وعليه وضَرٌ من صُفرة، فقال النبي ﷺ: «مَهْيم؟» يعني ما شأنك؟ فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة، قال: «ما أصدقتها»؟ قال: وزن نواةٍ من ذهب، قال: «فبارك الله لك أولم ولو بشاة».
أخرجه البخاري في البيوع برقم ٢٠٤٨، وأبواب أخر، ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن برقم ٧٩ (١٤٢٧).
وأما الفعل فمنه ما رواه أنس رضي الله عنه قال: «ما أولم النبي ﷺ على شيء من نسائه، ما أولم على زينب، أولم بشاة».
أخرجه البخاري في النكاح، باب الوليمة ولو بشاة برقم ٥١٦٨، ومسلم في النكاح، باب زواج زينب بنت جحش برقم ٩٠ (١٤٢٨).

(٥) لظاهر الأمر في الحديث السابق: «أولم ولو بشاة»، والقول الأول حمله على الندب.

(٦) لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم =

وَقِيلَ: كِفَايَةٍ[1]، وَقِيلَ: سُنَّةٌ[2].

وَإِنَّمَا تَجِبُ أَوْ تُسَنُّ بِشَرْطِ أَنَّ لَا يَخُصَّ الأَغْنِيَاءَ[3] وَأَنْ يَدْعُوَهُ فِي الْيَوْمِ الأَوَّلِ، فَإِنْ أَوْلَمْ ثَلَاثَةً لَمْ تَجِبْ فِي الثَّانِي، وَتُكْرَهُ فِي الثَّالِثِ[4]،

= إلى الوليمة فليأتها».

أخرجه البخاري في النكاح، باب حق إجابة الوليمة والدعوة برقم ٥١٧٣، ومسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة برقم ٩٦ (١٤٢٩)، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يقول: «بئس الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها، ويدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

أخرجه مسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي برقم ١٠٧ (١٤٣٢).

(١) لأن المقصود إظهار النكاح والتمييز عن السفاح وهو حاصل بحضور البعض.

(٢) لأنه تمليك مال فلم يجب، ورد بأن الأكل سنة لا واجب لحديث جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب، فإن شاء طعم وإن شاء ترك». أخرجه مسلم في النكاح في الباب السابق برقم ١٠٥ (١٤٣٠).

(٣) لحديث أبي هريرة السابق: بئس الطعام طعام الوليمة، وفي رواية: شر الطعام.

(٤) لحديث أبي داود في الأطعمة، باب في كم تستحب الوليمة برقم ٣٧٤٥ عن رجل أعور من ثقيف. كان يقال له معروفًا، أي يُثنى عليه خيرًا، أن النبي ﷺ قال: «الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، واليوم الثالث سمعة ورياء».

وله شواهد وطرق كثيرة، منها ما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ١٠/ ٤٤٧ برقم ١٩٦٦٠، والبغوي في شرح السنة ٩/ ١٤٣، عن الحسن مرسلاً بنحوه، وانظر: تلخيص الحبير ٣/ ١٩٥ ـ ١٩٦.

نعم لو لم يمكنه استيعاب الناس في اليوم الأول لكثرتهم أو صغر منزله أو غيرهما، وجبت الإجابة، لأن ذلك في الحقيقة كوليمة واحدة.

وَأَنْ لَا يَحْضرَهُ لِخَوْفٍ أَوْ طَمَعٍ فِي جَاهِهِ[(١)]، وَأَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَنْ يَتَأَذَّى بِهِ، أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ مُجَالَسَتُهُ[(٢)]، وَلَا مُنْكَرٌ[(٣)]، فَإِنْ كَانَ يَزُولُ بِحُضُورِهِ فَلْيَحْضُرْ[(٤)].

وَمِنَ الْمُنْكَرِ فِرَاشُ حَرِيرٍ[(٥)] وَصُورَةُ حَيَوانٍ عَلَى سَقْفٍ أَوْ جِدَارٍ أَوْ وِسَادَةٍ أَوْ سِتْرٍ أَوْ ثَوْبٍ مَلْبُوسٍ[(٦)]، وَيَجُوزُ مَا عَلَى أَرْضٍ وَبِسَاطٍ

---

(١) لأن القصد منها التقرب والتودد، أو الصلاح والعلم والورع وقصدًا للسنة، وزيارة الإخوان في الله تعالى، أو صونًا لنفسه عن أن يظن به كبْر واحتقار.

(٢) لما فيه من التأذي في الأول والغضاضة في الثاني، فهو معذور في التخلف لذلك.

(٣) لحديث جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «... من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجلس على مائدة يدار عليها بالخمر».
أخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في دخول الحمام برقم ٢٨٠١، والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٢/ ٣٣٣، والحاكم في المستدرك ٤/ ٢٨٨، وصححه على شرط مسلم ووافقه الذهبي، وقال عنه الترمذي: حسن غريب.
وقيس على الخمر غيره من سائر المنكرات، ولو كانت صغيرة.

(٤) وجوبًا ليحصل فرض الإجابة وإزالة المنكر، ووجود من يزيله غيره لا يمنع الوجوب عليه، وإن لم يزل بحضوره حرم الحضور لأنه كالرضا بالمنكر، فإن لم يعلم به حتى حضر نهاهم فإن لم ينتهوا وجب الخروج إلاَّ إذا خاف على نفسه.

(٥) للنهي عنه في حديث حذيفة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج...» الحديث، وقد تقدم ١/ ٢٩١.

(٦) لحديث عائشة رضي الله عنها أنها اشترت نُمرقةً فيها تصاويرُ، فلمّا رآها رسول الله قام على الباب فلم يدخل، فعَرفتُ في وجهه الكراهية، قالت: يا رسول الله أتوب إلى الله وإلى رسوله ماذا أذنبت؟ قال: «ما بال هذه النُّمرُقه»؟ قالت: اشتريتها لتقعد عليها وتوسَّدها، فقال رسول الله ﷺ: «إن أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة =

وَمِخَدَّةٍ(١) وَمَقْطُوعُ الرَّأْسِ وَصُورَةُ شَجَرٍ(٢)، وَيَحْرُمُ تَصْوِيرُ حَيَوَانٍ(٣).

وَلاَ تَسْقُطُ إِجَابَةٌ بِصَوْمٍ(٤)، فَإِنْ شَقَّ عَلَى الدَّاعِي صَوْمُ نَفْلٍ فَالْفِطْرُ أَفْضَلُ(٥).

= ويقال لهم: أحيوا ما خلقتم»، وقال: «إن البيت الذي فيه الصور لا تدخله الملائكة».

أخرجه البخاري في اللباس، باب من لم يدخل بيتًا فيه صورة برقم ٥٩٦١، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم تصوير صورة الحيوان برقم ٩٦ (٢١٠٧).

(١) لحديث عائشة السابق ففي رواية لمسلم أنها قالت: فقطعتهما وسادتين وحشوتهما ليفًا، فلم يعب ذلك عليَّ».

(٢) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لرجل سأله عن الصور التي كان يصورها: «إن كنت لا بد فاعلاً، فاصنع الشجر وما لا نفس له». أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم تصوير صورة الحيوان برقم ٩٩ (٢١١٠).

(٣) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه سمع النبي ﷺ يقول: «إن أشد الناس عذابًا يوم القيامة المصورون». أخرجه البخاري في اللباس، باب عذاب المصورين يوم القيامة برقم ٥٩٥٠، ومسلم في اللباس أيضًا الباب السابق برقم ٩٨ (٢١٠٩).

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ومن أظلم ممن ذهب يخلق كخلقي، فليخلقوا حبة، وليخلقوا ذرَّةً».

أخرجه البخاري في اللباس، باب نقض الصور برقم ٥٩٥٣، ومسلم في الباب السابق برقم ١٠١ (٢١١١).

(٤) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان صائمًا فليصلّ، وإن كان مفطرًا فليطعم».

أخرجه مسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى الدعوة برقم ١٠٦ (١٤٣١).

(٥) لإمكان تدارك الصوم بندب قضائه، ويندب أن ينوي بإفطاره إدخال السرور عليه، أما إذا لم يشق عليه فالإمساك أفضل.

وَيَـأْكُـلُ الضَّيْـفُ مِمَّـا قُـدِّمَ لَـهُ بِـلاَ لَفْـظٍ[١]، وَلاَ يَتَصَـرَّفُ فِيـهِ إِلاَّ بِأَكْلٍ [1] [٢]، وَلَهُ أَخْذُ مَا يَعْلَمُ رِضَاهُ بِهِ[٣]، وَيَحِلُّ نَثْرُ سُكرٍ وغَيْرِهِ فِي الإِمْلاَكِ[٤]، وَلاَ يُكْرَهُ فِي الأَصَحِّ[٥]، وَيَحِلُّ الْتِقَاطُهُ[٦]، وَتَرْكُهُ أَوْلَى[٧].

❊ ❊ ❊

. . . .

(1) خ ط والمغني والسراج: إلاَّ بالأكل.

---

(١) اكتفاء بقرينة التقديم، إلاَّ إذا انتظر غيره لم يجز قبل حضوره إلاَّ بلفظ.

(٢) لأنه المأذون فيه عرفًا، فلا يطعم سائلاً ولا هرة إلاَّ إنْ علم رضا مالكه به.

(٣) لأن المدار على طيب نفس المالك، فإذا قضت القرينة القوية حلَّ.

(٤) عملاً بالعرف والعادة. والعادة محكَّمة، ما لم تخالف الشرع في نص صريح.

(٥) لعدم ورود ما ينهى عنه.

(٦) لأن مالكه إنما طرحه لمن يأخذه.

(٧) لأنه دناءة، ولذلك قال الشافعي: «لو ترك كان أحبَّ إليَّ لأنه يؤخذ بخسة ونهبة، ولا يتبين لي أنه حرام»، كما في شرح المهذب ١٦/ ٣٩٥.

كتاب القَسْم والنشوز

يَخْتَصُّ الْقَسْمُ بِزَوْجَاتٍ(١)، وَمَنْ بَاتَ عِنْدَ بَعْضِ نِسْوَتِهِ لَزِمَهُ عِنْدَ مَنْ بَقِيَ(٢)، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ أَوْ عَنِ الْوَاحِدَةِ لَمْ يَأْثَمْ(٣)، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ

---

(١) فلا يدخل في القسم الإماء، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، فأشعرت الآية على أنه لا يجب العدل لهن الذي هو فائدة القسم.

(٢) لأن ذلك مقتضى العدل الذي دل عليه قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣]، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل».
أخرجه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء برقم ٢١٣٣، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر برقم ١١٤١، والنسائي في عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ٧/ ٦٣، وابن ماجه في النكاح، باب القسمة بين النساء برقم ١٩٦٩، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٨٦، وصححه على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي، وابن حبان في صحيحه ٦/ ٢٠٤، ونقل الحافظ في التلخيص ٣/ ٢٠١ تصحيح ابن دقيق العيد له في الاقتراح ص ٩٢ وأقره.

(٣) لأن النبي ﷺ اعتزل نساءه شهرًا كما أخرج ذلك البخاري في التفسير: سورة التحريم برقم ٤٩١٣، ومسلم في الطلاق، باب في الإيلاء واعتزال النساء وتخييرهن برقم ٣٠ (١٤٧٩).
ولأن المبيت حقه فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجَرة، ولأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجابه.

لَا يُعَطِّلَهُنَّ[1].

وَيَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ مَرِيضَةٌ وَرَتْقَاءُ وَحَائِضٌ وَنُفَسَاءُ[2]، لَا نَاشِزَةٌ[3].

فَإِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِمَسْكَنٍ دَارَ عَلَيْهِنَّ فِي بُيُوتِهِنَّ[4]، وَإِنِ انْفَرَدَ فَالأَفْضَلُ الْمُضِيُّ إِلَيْهِنَّ[5]، وَلَهُ دُعَاؤُهُنَّ[6]، وَالأَصَحُّ تَحْرِيمُ ذَهَابِهِ إِلَى بَعْضٍ وَدُعَاءِ بَعْضٍ[7]، إِلَّا لِغَرَضٍ كَقُرْبِ مَسْكَنِ مَنْ مَضَى إِلَيْهَا أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهَا[8].

---

(١) تحصينًا لهنَّ لئلا يؤدي إلى فسادهن أو إضرارهن، ولأن ذلك من المعاشرة بالمعروف التي أمر الله تعالى بها بقوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النساء: ١٩].
والحديث أنس بن مالك رضي الله عنه في قصة النَّفر الذين تقالُّوا عبادتهم فقال لهم النبي ﷺ: «. . . ولكني أصوم وأفطر، وأصلّي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس منّي». أخرجه البخاري في النكاح في أوله، ومسلم في النكاح، باب استحباب النكاح برقم ١٤٠١.

(٢) لأن المقصود منه الأنس لا الوطء، وقياسًا على استحقاق من ذكر الكسوة والنفقة.

(٣) لأن القسم للأنس، وقد منع ذلك بنشوزها فسقط حقها.

(٤) توفية لحق القسم.

(٥) اقتداء بالنبي ﷺ حيث كان يفعل ذلك، ولأن ذلك أصون لهنَّ وأحسن في العشرة.

(٦) وعليهنَّ الإجابة، لأن ذلك حقه، فمن امتنعت فهي ناشزة، لأن المرأة تابعة للزوج في المكان، ولهذا يجوز له أن ينقلها إلى حيث شاء.

(٧) لما في ذلك من الإيحاش، وتفضيل بعضهن على بعض، المنافي للعدل الواجب الذي دل عليه ما تقدم.

(٨) للحاجة إلى ذلك حينئذٍ، وكذا إذا حصل تراض أو قرعة، فإن امتنعت الأخرى مع هذا العذر سقط حقها، إذا لم يكن لديها عذر.

وَيَحْرُمُ أَنْ يُقِيمَ بِمَسْكَنٍ وَاحِدَةٍ وَيَدْعُوَهُنَّ إِلَيْهِ(١)، وَأَنْ يَجْمَعَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنٍ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا(٢)، وَلَهُ أَنْ يُرَتِّبَ الْقَسْمَ عَلَى لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا(٣).

وَالأَصْلُ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ تَبَعٌ(٤)، فَإِنْ عَمِلَ لَيْلاً وَسَكَنَ نَهَارًا كَحَارِسٍ فَعَكْسُهُ(٥)، وَلَيْسَ لِلأَوَّلِ دُخُولٌ فِي نَوْبَةٍ عَلَى أُخْرَى لَيْلاً(٦) إِلاَّ لِضَرُورَةٍ

---

(١) لأن النبي ﷺ كان يدور على نسائه حتى في مرض موته، وما كان يدعوهن إلى بيت واحدة منهن كما في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «لمَّا ثقل النبي ﷺ واشتد وجعه استأذن أزواجه في أن يمرَّض في بيتي فأذنَّ له»، الحديث، أخرجه البخاري في الوضوء، باب الغسل والوضوء في المَخضَب والقدح برقم ١٩٨.

وفي رواية أنه ﷺ كان يسأل في مرضه الذي مات فيه: «أين أنا غدًا»؟ يريد يوم عائشة. . .، أخرجه البخاري في النكاح برقم ٥٢١٧.

ولما في إتيانهن بيت الضرَّة من المشقة عليهن وتفضيلها عليهن.

(٢) لأن النبي ﷺ كان إذا تزوج امرأة بنى لها حجرة مستقلة وأسكنها فيها، ولأن جمعهما فيه مع تباغضهما يولد كثرة المخاصمة ويشوش العشرة، فإن رضيتا به جاز، لأن الحق لهما، وقد رضيتا به، ولو رجعتا بعد الرضا كان لهما ذلك.

(٣) لحصول المقصود بكل، لكن الأولى تقديم الليل، خروجًا من خلاف من عيّنه لأنه الذي عليه التواريخ الشرعية.

(٤) لأن الليل وقت السكون، والنهار وقت الانتشار في طلب المعاش، كما قال تعالى ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيۡلَ لِتَسۡكُنُواْ فِيهِ وَٱلنَّهَارَ مُبۡصِرًا﴾ [يونس: ٦٧]، وقال سبحانه: ﴿وَجَعَلۡنَا ٱلَّيۡلَ لِبَاسًا ۝١٠ وَجَعَلۡنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا﴾ [النبأ: ١٠ ــ ١١].

(٥) لسكونه بالنهار ومعاشه بالليل.

(٦) لما فيه من إبطال حق ذات النَّوبة.

كَمَـرَضِهَـا المَخُـوفِ[١]، وَحِينَئِـذٍ إِنْ طَـالَ مُكْثُـهُ قَضَـى[٢]، وَإِلاَّ فَـلاَ[٣]، ولَـهُ الـدُّخُـولُ نَهَـارًا لِـوَضْـعِ مَتَـاعٍ وَنَحْـوِهِ[٤]، وَيَنْبَغِـي أَنْ لاَ يَطُـولَ مُكْثُـهُ[٥]، وَالصَّحِيـحُ أَنَّـهُ لاَ يَقْضِـي إِذَا دَخَـلَ لِحَـاجَـةٍ[٦] وَأَنَّ لَـهُ مَـا سِـوَى وَطْءٍ مِـنِ اسْتِمْتَـاعٍ[٧]، وَأَنَّـهُ يَقْضِـي إِنْ دَخَـلَ بِـلاَ سَبَبٍ[٨].

وَلاَ تَجِبُ تَسْوِيَةٌ فِي الإِقَامَةِ نَهَارًا[٩]، وَأَقَلُّ نُوَبِ الْقَسْمِ لَيْلَةٌ[١٠]

---

(١) لأنه موضع ضرورة، كشدة الطلق، أو خوف النهب والحرق ونحو ذلك.

(٢) لأنه حق آدمي وهو لا يسقط بالعذر.

(٣) لأنه يتسامح فيه عادة.

(٤) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا، وكان قلَّ يومٍ إلاَّ وهو يطوف علينا جميعًا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها».
أخرجه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء برقم ٢١٣٥، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٨٦، وصححه ووافقه الذهبي.

(٥) لأن الزائد عن الحاجة كابتداء دخول لغيرها وهو حرام.

(٦) لأن النهار تابع، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع، مع وجود الحاجة ولأن المقصود بالقسم الإيواء، وذلك يحصل بالليل دون النهار.

(٧) لحديث عائشة السابق: «فيدنو من كل امرأة من غير مسيس».

(٨) لتعديه بالدخول حينئذٍ.

(٩) لأنه وقت التردد وهو يقل ويكثر.

(١٠) اقتداء برسول الله ﷺ كما دل عليه حديث عائشة السابق في مرض موته، ولا يجوز تبعيضها لما فيه من تشويش العيش وعسر ضبط أجزاء الليل.

وَهُوَ أَفْضَلُ[١]، وَيَجُوزُ ثَلاَثًا[٢] وَلاَ زِيَادَةَ عَلَى الْمَذْهَبِ[٣]، وَالصَّحِيحُ وُجُوبُ قُرْعَةٍ لِلابْتِدَاءِ[٤]، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ[٥] وَلاَ يُفَضِّلُ فِي قَدْرِ نَوْبَةٍ[٦] لَكِنْ لِحُرَّةٍ مِثْلاَ أَمَةٍ[٧].

وَتُخَصُّ [1] بِكْرٌ جَدِيدَةٌ عِنْدَ زِفَافٍ بِسَبْعٍ بِلاَ قَضَاءٍ، وَثَيِّبٌ بِثَلاَثٍ[٨]، وَيُسَنُّ تَخْيِيرُهَا بَيْنَ ثَلاَثٍ بِلاَ قَضَاءٍ، وَسَبْعٍ بِقَضَاءٍ[٩].

....

(1) خ ط، والشروح عدا المحلّي: وتَختصّ.

---

(١) للاتباع ولقرب عهده بهن كلهن.

(٢) لأنه في حد القليل.

(٣) لما فيه من طول العهد بهن، إلاَّ إن رضين، فإن فعل بغير إذن لزم القضاء للبواقي، لأنه إذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضي ما قسم بغير حق أولى.

(٤) تحرزًا عن الترجيح من غير مرجح، فيبدأ بمن خرجت قرعتها، ثم يقرع للباقيات.

(٥) لأنه الآن لا يلزمه قسم.

(٦) لأنه خلاف العدل المشروع، وإن كانت إحداهن شريفة، أو إحداهما مسلمة والأخرى كتابية وذلك لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

(٧) لأنها على النصف من الحرة في كل شيء أخذًا من قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]. ولما جاء عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث». أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/ ٢٩٩، قال في التحفة ٧/ ٤٤٨: ولا يعرف لهذا مخالف.

(٨) لحديث أنس رضي الله عنه قال: «من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثًا ثم قسم...». أخرجه البخاري في النكاح، باب إذا تزوج الثيب على البكر برقم ٥٢١٤، ومسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها برقم ٤٤ (١٤٦١).

(٩) لحديث أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثًا، =

وَمَنْ سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَنَاشِزَةٌ[(١)]، وَبِإِذْنِهِ لِغَرَضِهِ يَقْضِي لَهَا[(٢)]، وَلِغَرَضِهَا لاَ فِي الجَدِيدِ[(٣)].

وَمَنْ سَافَرَ لِنُقْلَةٍ حَرُمَ أَنْ يَسْتَصحِبَ بَعْضَهُنَّ[(٤)]، وَفِي سَائِرِ الأَسْفَارِ الطَّوِيلَةِ وَكَذَا الْقَصِيرَةُ فِي الأَصَحِّ يَسْتَصْحِبُ بَعْضَهُنَّ بِقُرْعَةٍ[(٥)]، وَلاَ يَقْضِي مُدَّةَ سَفَرِهِ[(٦)]، فَإِنْ وَصَلَ المَقْصِدَ وَصَارَ مُقِيمًا قَضَى مُدَّةَ الإِقَامَةِ[(٧)]، لاَ الرُّجُوعِ فِي الأَصَحِّ[(٨)].

= وقال: «إنه ليس بِكِ على أهلك هوانٌ إن شئتِ سبَّعتُ لك، وإن سبَّعت لك سبَّعت لنسائي».
أخرجه مسلم في الباب السابق برقم ٤١ (١٤٦٠)، والتخصيص المذكور واجب على الزوج لتزول الحشمة بينهما، وتجب موالاة ذلك لأن الحشمة لا تزول بالمفرَّقة.

(١) يسقط حقها من القسم والنفقة؛ لأن القسم للأنس، والنَّفقة للتمكين من الاستمتاع.

(٢) لأنه المانع لنفسه منها، فأشبه ما لو سافرت معه.

(٣) لأنها المفوِّتة لحقه، وإذنه إنما يرفع الإثم.

(٤) قياسًا على عدم جواز تخصيص المقيم بعضهن بقرعة لما في ذلك من الإضرار بهن.

(٥) لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه...».
أخرجه البخاري في النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد السفر برقم ٥٢١١، ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضل عائشة رضي الله عنها برقم ٨٨ (٢٤٤٥).

(٦) لأن النبي ﷺ كان يسافر بمن تخرج لها القرعة، ولم يثبت أنه كان يقضي لمن لم تخرج لها القرعة، ولأن المسافرة قد لحقها من المشقة ما يزيد على ترفهها بصحبته.

(٧) لأن القرعة إنما تسقط القضاء في قسم السفر، والإقامة ليست سفرًا بدليل عدم الترخص برخص السفر حينئذٍ.

(٨) لأنه من بقية سفره المأذون له فيه.

وَمَنْ وَهَبَتْ حَقَّهَا لَمْ يَلْزَمِ الزَّوْجَ الرِّضَا(١)، فَإِنْ رَضِيَ وَوَهَبَتْ لِمُعيَّنَةٍ بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْهِمَا(٢)، وَقِيلَ: يُوَالِيهِمَا(٣)، أَوْ لَهُنَّ سَوَّى(٤)، أَوْ لَهُ فَلَهُ التَّخْصِيصُ(٥)، وَقِيلَ: يُسَوِّي(٦).

فَصْلٌ

ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ نُشُوزِها وَعَظَهَا(٧) بِلاَ هَجْرٍ(٨)، فَإِنْ تُحقّقَ نُشُوزٌ وَلَمْ يَتَكَرَّرْ وَعَظَ وَهَجَرَ فِي المضْجِعِ(٩)، وَلاَ يَضْرِبُ فِي الأَظْهَرِ(١٠).

---

(١) لأن الاستمتاع بها حقه، فلا يلزمه تركه، إذ لا تملك المرأة نقله إلى غيرها من غير رضاه، فله أن يبيت عندها في ليلتها.

(٢) لحديث عائشة رضي الله عنها أن سودة بنت زمعة رضي الله عنها وهبت يومها لعائشة، وكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة». أخرجه البخاري في النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك برقم ٥٢١٢، ومسلم في الرضاع، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها برقم ٤٧ (١٤٦٣)، ولا يواليهما إن كانتا متفرّقتين لما فيه من تأخير حق من بينهما.

(٣) لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما.

(٤) وتجعل الواهبة كالمعدومة.

(٥) لأن الحق صار له فيضعه حيث شاء.

(٦) لأن التخصيص يورث الوحشة والحقد، فتُجعل الواهبة كالمعدومة.

(٧) لقوله سبحانه: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤].

(٨) لاحتمال أن لا يكون نشوزًا، فلعلها تعتذر أو تتوب وحَسُن أن يستميلها بشيء.

(٩) لقوله سبحانه: ﴿وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ﴾ [النساء: ٣٤]، الآية السابقة، أي في الفراش، لا في الكلام لحرمته لكل أحد فيما زاد على ثلاثة أيام.

(١٠) لعدم تأكّد الجناية بالتكرر، ولقوله ﷺ في الضاربين: «ليس أولئك بخياركم» كما =

قُلْتُ: الأَظْهَرُ يَضْرِبُ[1]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

فَـإِنْ تَـكَرَّرَ ضَـرَبَ[2]، فَلَـوْ مَنَعَـهَـا حَـقًّا كَقَسْـمٍ وَنَفَقَـةٍ أَلْـزَمَـهُ الْقَاضِـي تَوْفِيَتَهُ[3]، فَـإِنْ أَسَاءَ خُلُقَهُ وآذَاها بِـلاَ سَبَبٍ نَهَـاهُ[4]، فَإِنْ عَادَ عَزَّرَهُ[5].

وَإِنْ قَـالَ كُـلٌّ: إِنَّ صَـاحِبَـهُ مُتَعَـدٍّ تَعَـرَّفَ الْقَـاضِـي الْحَـالَ بِثِقَـةٍ يَخْبُرُهُمَا[6] وَمَنَعَ الظَّالِمَ[7]، فَإِنِ اشْتَدَّ الشِّقَاقُ بَعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ

= أخرجه أبو داود في النكاح، باب ضرب النساء من حديث إياس بن عبد الله بن أبي ذباب برقم ٢١٤٦ والنسائي في عشرة النساء من الكبرى برقم ٢٨٥، وابن حبان ٦/١٩٦ في النكاح، باب ضرب النساء الإحسان، والحاكم في المستدرك ٢/١٨٨ وصححه ووافقه الذهبي.

(١) لظاهر الآية: ﴿وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]. ولأن في الضرب أثرًا ظاهرًا في تأديب النساء.

(٢) لظاهر الآية أيضًا.

(٣) دفعًا للضرر عنها، لأن لها من الحق مثل ما عليها لقوله سبحانه: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

(٤) لوجوب معاشرتها بالمعروف لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقوله سبحانه: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، ولا يعزره هنا، لأن إساءة الخلق بين الزوجين تكثر، والتعزير عليها يورث العداوة والوحشة.

(٥) لتعديه، ورفع الضرر عنها.

(٦) ليتعرف على الظالم منهما.

(٧) اعتمادًا على خبر الثقة، لأن وظيفته رفع الظلم عن المظلومين.

وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا[1]، وَهُمَا وَكِيلَان لَهُمَا[2]، وَفِي قَوْلٍ: مُوَلَّيَانِ مِنَ الحَاكِمِ[3]، فَعَلَى الأَوَّلِ يُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا[4] فيُوَكِّلُ حَكَمَهُ بِطَلَاقٍ وَقَبُولِ عِوَضِ خُلْعٍ، وَتُوَكِّلُ حَكمهَا بِبَذْلِ عِوَضٍ وَقبُولِ طَلَاقٍ بِهِ[5].

* * *

---

(١) لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ [النساء: ٣٥].

(٢) لأنهما رشيدان فلا يولِّي عليهما في حقهما، إذ البضع حقه والمال حقها، فلا يجوز إلاّ بإذنهما.

(٣) لأن الله تعالى سمَّاهما حكمين، والوكيل مأذون وليس حكمًا.

ولما جاء عن عليّ رضي الله عنه أنه قال للحكمين: «هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا، أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما عليّ فيه ولي، وقال الرجل: أما الفراق فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به».

أخرجه البيهقي في السنن ٧/ ٣٠٥، وصححه الحافظ في التلخيص ٣/ ٢٠٤.

(٤) بناءً على أنهما وكيلان، إذ لا تكون الوكالة إلاّ برضى الموكّل.

(٥) كسائر الوكلاء.

كتاب الخُلْع(١)

هُوَ فُرْقَةٌ بِعِوَضٍ بِلَفْظِ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ(٢)، شَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ(٣)، فَلَوْ خَالَعَ عَبْدٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ صَحَّ(٤)، وَوَجَبَ دَفْعُ الْعِوَضِ إِلَى مَوْلَاهُ(٥) وَوَلِيِّهِ(٦).

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقوله سبحانه: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكنّي أكره الكفر في الإسلام، فقال النبي ﷺ: «أتردّين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة».

أخرجه البخاري في الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه برقم ٥٢٧٣.

(٢) هذا حدُّه.

(٣) لأنه طلاق فلا يصح ممن لا يصح طلاقه.

(٤) لوجود الشرط وإن لم يأذن السيد، إذ إن لكل واحد منهما أن يطلق مجّانًا فبعوض أولى.

(٥) أي العبد، لأنه ملكه قهرًا ككسبه.

(٦) كسائر أمواله، وذلك ليبرأ الدافع منه.

وَشَرْطُ قَابِلِهِ إِطْلَاقُ تَصَرُّفِهِ فِي المَالِ[١]، فَإِنْ اخْتَلَعَتْ أَمَةٌ بِلَا إِذْنِ سَيِّدٍ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنِ مَالِهِ بَانَتْ[٢]، وَلِلزَّوْجِ فِي ذِمَّتِهَا مَهْرُ مِثْلٍ في صُورَةِ الْعَيْنِ[٣]، وَفِي قَوْلٍ: قِيمَتُهَا[٤]، وَفِي صُورَةِ الدَّيْنِ المُسَمَّى[٥]، وَفِي قَوْلٍ: مَهْرُ مِثْلٍ[٦] وَإِنْ أَذِنَ وَعَيَّنَ عَيْنًا لَهُ أَوْ قَدَّرَ دَيْنًا فَامْتَثَلَتْ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ[٧] وَبِكَسْبِهَا فِي الدَّيْنِ[٨]، وَإِنْ أَطْلَقَ الإِذْنَ اقْتَضَى مَهْرَ مِثْلٍ مِنْ كَسْبِهَا[٩].

وَإِنْ خَالَعَ سَفِيهَةً أَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طُلِّقَتْ رَجْعِيًّا[١٠]، فَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ لَمْ تُطَلَّقْ[١١].

وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ المَرِيضَةِ مَرَضَ المَوْتِ[١٢]، وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثِ

---

(١) بأن يكون غير محجور عليه لسفه أو رق، لأن الاختلاع التزام للمال فهو المقصود منه.

(٢) لوقوعه بعوض وإن كان فاسدًا.

(٣) لفساد العوض بانتفاء الإذن فيه، فيرد إلى مهر المثل إذ هو المرد حينئذٍ.

(٤) إن كانت متقوّمة وإلاَّ فمثلها.

(٥) قياسًا على صحة التزام الرقيق بطريق الضمان، ويتبع به بعد العتق.

(٦) لأنها ليست أهلاً للالتزام.

(٧) عملاً بإذنه.

(٨) عملاً بإذنه أيضًا.

(٩) قياسًا على ما لو أطلق الإذن لعبده في النكاح.

(١٠) لعدم أهليتها لالتزامه، وإن أذن لها الوليّ.

(١١) لأن الصيغة تقتضي القبول، فأشبه الطلاق المعلّق.

(١٢) لأن لها التصرف في مالها وفي أغراضها وملاذّها، بخلاف السَّفيه.

إِلَّا زَائِدٌ عَلَى مَهْرِ مِثْلٍ[١]، وَرَجْعِيَّةٍ فِي الأَظْهَرِ[٢]، لَا بَائِنٍ[٣]، وَيَصِحُّ عِوَضُهُ قَلِيلاً وَكَثِيرًا دَيْنًا وَعَيْنًا وَمَنْفَعَةً[٤].

وَلَوْ خَالَعَ بِمَجْهُولٍ أَوْ خَمْرٍ بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ[٥]، وَفِي قَوْلٍ: بِبَدَلِ الخَمْرِ[٦].

وَلَهُمَا التَّوْكِيلُ[٧]، فَلَوْ قَالَ لِوَكِيلِهِ: خَالِعْهَا بِمِائَةٍ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا[٨]، وَإِنْ أَطْلَقَ لَمْ يَنْقُصْ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ[٩]، فَإِنْ نَقَصَ فِيهِمَا لَمْ تُطَلَّقْ[١٠].

وَفِي قَوْلٍ: يَقَعُ بِمَهْرِ مِثْلٍ[١١].

---

(١) لأن الزائد عليه هو التبرع، وليس وصيّة لوارث، لخروج الزوج بالخلع عن الإرث.

(٢) لأنها كالزوجة في كثير من الأحكام.

(٣) إذ لا فائدة فيه، حيث لا يملك بضعها.

(٤) لعموم قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقياسًا على الصداق، لأنه عقد على منفعة بضع مثله.

(٥) لأنه عقد على منفعة بضع فلم يفسد بفساد عوضه ورجع إلى مقابله كالنكاح.

(٦) قياسًا على الضعيف الذي مر ذكره في الصداق ص ٤٨٣.

(٧) لأنه عقد معاوضة كالبيع.

(٨) لأنه دون المأذون فيه، وله الزيادة عليها.

(٩) لأنه المردُّ عند الاختلاف.

(١٠) للمخالفة الصريحة.

(١١) لفساد المسمّى بنقصه عن المأذون فيه، **وهذا من القيلات المعتمدة** حيث رجّحه في أصل الروضة ــ فتح العزيز ــ وتصحيح التنبيه ونقله الرافعي عن الأكثرين، وقال الإسنوي إن الفتوى عليه كما قرره الخطيب في المغني ٣/٢٦٦. وذلك قياسًا على الخلع بخمر.

وَلَوْ قَالَتْ: لِوَكِيلِهَا: اخْتَلِعْ بِأَلْفٍ فَامْتَثَلَ نَفَذَ(١)، وَإِنْ زَادَ فَقَالَ: اخْتَلَعْتُهَا بِأَلْفَيْنِ مِنْ مَالِهَا بِوِكَالَتِهَا بَانَتْ، وَيَلْزَمُهَا مَهْرُ مِثْلٍ(٢)، وَفِي قَوْلٍ: الأَكْثَرُ مِنْهُ وَمِمَّا سَمَّتْهُ(٣)، وَإِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الخُلْعَ إِلَى نَفْسِهِ فَخُلْعُ أَجْنَبِيٍّ(٤) وَالمَالُ عَلَيْهِ(٥)، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالأَظْهَرُ أَنَّ عَلَيْهَا مَا سَمَّتْ وَعَلَيْهِ الزِّيَادَةُ(٦).

وَيَجُوزُ تَوْكِيلُهُ ذِمِّيًّا(٧) وَعَبْدًا وَمَحْجُورًا عَلَيْهِ بِسَفَهٍ(٨)، وَلَا يَجُوزُ تَوْكِيلُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي قَبْضِ الْعِوَضِ(٩)، وَالأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِهِ امْرَأَةً لِخُلْعِ زَوْجَتِهِ أَوْ طَلَاقِهَا(١٠)، وَلَوْ وَكَّلَا رَجُلًا تَوَلَّى طَرَفًا(١١)، وَقِيلَ: الطَّرَفَيْنِ(١٢).

---

(١) لموافقته الإذن.

(٢) لفساد المسمَّى بزيادة على المأذون فيه.

(٣) لرضاها بما سمَّته زائدًا على مهر المثل.

(٤) وهو صحيح كما سيأتي ص ٥٢٢.

(٥) لأن إضافته إلى نفسه إعراض عن التوكيل، واستبداد بالخلع مع الزوج.

(٦) لأنها لم ترض بالزيادة، فكأنه افتداها بما سمته زيادة من عنده.

(٧) لصحة خلعه ممن أسلمت تحته في العدة، ثم أسلم، فإنه يحكم بصحة الخلع.

(٨) ولو لم يأذن السيد الولي لعدم تعلّق العهدة بالوكيل، بخلاف وكيل الزوجة.

(٩) لعدم أهليته له.

(١٠) لأن للمرأة تطليق نفسها بقوله لها: طلقي نفسك، وذلك توكيل أو تمليك، وتوكيل امرأة بخلع صحيح قطعًا.

(١١) منه مع أحد الزوجين، ولا يتولى الطرفين لأنه لا يصح تولي طرفي العقد كما في سائر العقود.

(١٢) لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب، كما لو علق بالإعطاء فأعطته.

فَصْلٌ

الْفُرْقَةُ بِلَفْظِ الخُلْعِ طَلَاقٌ(١)، وَفِي قَوْلٍ: فَسْخٌ لَا يَنْقُصُ عَدَدًا(٢).

فَعَلَى الأَوَّلِ لَفْظُ الْفَسْخِ كِنَايَةٌ(٣)، وَالمُفَادَاةُ كَخُلْعٍ فِي الأَصَحِّ(٤)، وَلَفْظُ الخُلْعِ صَرِيحٌ(٥)، وَفِي قَوْلٍ: كِنَايَةٌ(٦) فَعَلَى الأَوَّلِ لَوْ جَرَى بِغَيْرِ

---

(١) لأن الله تعالى ذكره بعد الطلقتين، ثم ذكر ما يترتب على الطلقة الثالثة، من غير ذكر وقوع ثالثة فقال سبحانه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٢٢٩ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩ ـ ٢٣٠]، فدل على أن الثالثة هي الافتداء.

ولأن المرأة إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقًا. ولو كان فسخًا لما جاز على غير الصداق، والحال أنه يجوز على غيره من غير خلاف.

(٢) لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فتكون فسخًا كشراء زوجته، ولأن الطلاق لا يقع إلَّا صريحًا أو كناية مع النية، والخلع ليس صريحًا في الطلاق ولا مع نية الطلاق فوجب أن يكون فسخًا.

(٣) لأنه لم يرد في القرآن، ولم يستعمل عرفًا فيه، فلا يكون صريحًا، فلا يقع الطلاق فيه بلا نية.

(٤) لورود القرآن به قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

(٥) لشيوعه في العرف والاستعمال للطلاق، فكان كالمتكرر في القرآن.

(٦) لأن صرائح الطلاق ثلاثة، ليس هذا منها.

ذِكْرِ مَالٍ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الأَصَحِّ[١]، وَيَصِـحُّ بِكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ مَعَ النِّيَّةِ[٢] وَبِالْعَجَمِيَّةِ[٣].

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكِ نفسك بِكَذَا، فَقَالَتِ: اشْتَرَيْتُ فَكِنَايَةُ خُلْعٍ[٤]، وَإِذَا بَدَأَ بِصِيغَةِ مُعَاوَضَةٍ كَطَلَّقْتُكِ أَوْ خَالَعْتُكِ بِكَذَا، وَقُلْنَا: الْخُلْعُ طَلَاقٌ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيقٍ[٥]، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ قَبُولِهَا[٦].

وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهَا بِلَفْظٍ غَيْرِ مُنْفَصِلٍ[٧]، فَلَوِ اخْتَلَفَ إِيْجَابٌ وَقَبُولٌ كَطَلَّقْتُكِ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ بِأَلْفَيْنِ وَعَكْسِهِ، أَوْ طَلَّقْتُكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِثُلُثِ أَلْفٍ فَلَغْوٌ[٨].

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَالأَصَحُّ وُقُوعُ الثَّلَاثِ وَوُجُوبُ أَلْفٍ[٩]، وَإِنْ بَدَأَ بِصِيغَةِ تَعْلِيقٍ كَمَتَى أَوْ مَتَى مَا أَعْطَيْتِنِي

---

(١) لاطراد العرف بجريان الخلع على المال، فإذا لم يذكر رجع إلى مهر المثل لأنه المرد، كالخلع بمجهول.

(٢) بناءً على أنه طلاق، وكذا على أنه فسخ إن نويا.

(٣) نظرًا للمعنى، ولأن اللفظ غير متعبّد به.

(٤) سواء جعل بلفظه طلاقًا أم فسخًا، لأنه مما لم يجد نفاذًا في موضعه.

(٥) لتوقف وقوع الطلاق فيه على القبول، كتوقف الطلاق المعلق بشرط عليه، أما إذا قلنا الخلع فسخ فهو معاوضة محضة من الجانبين، إذ لا مدخل للتعليق فيها.

(٦) لأنَّ هذا هو شأن المعاوضات.

(٧) قياسًا على سائر العقود.

(٨) للمخالفة بين الإيجاب والقبول كما في البيع.

(٩) لأنهما لم يتخالفا هنا في المال المعتبر قبولها لأجله بل في الطلاق في مقابلته، والزوج مستقل به، فوقع ما زاده عليها.

فَتَعْلِيقٌ فَلَا رُجُوعَ لَهُ[1]، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا[2] وَلَا الإِعْطَاءُ فِي الْمَجْلِسِ[3].

وَإِنْ قَالَ: إِنْ أَوْ إِذَا أَعْطَيْتَنِي فَكَذَلِكَ[4] لَكِنْ يُشْتَرَطُ إِعْطَاءٌ عَلَى الْفَوْرِ[5].

وَإِنْ بَدَأَتْ بِطَلَبِ طَلَاقٍ فَأَجَابَ فَمُعَاوَضَةٌ مَعَ شَوْبِ جَعَالَةٍ[6] فَلَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِهِ[7]، وَيُشْتَرَطُ فَوْرٌ لِجَوَابِهِ[8].

وَلَوْ طَلَبتْ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ طَلْقَةً بِثُلُثِهِ فَوَاحِدَةٌ بِثُلُثِهِ[9]، وَإِذَا خَالَعَ أَوْ طَلَّقَ بِعَوَضٍ فَلَا رَجْعَةَ[10]، فَإِنْ شَرَطَهَا فَرَجْعِيٌّ وَلَا مَالَ[11]، وَفِي

---

(١) قبل الإعطاء، كسائر التعليقات، وكما لو كان تعليقًا خاليًا عن العوض.

(٢) لأن الصيغة لا تقتضيه.

(٣) لدلالته على استغراق كل الأزمنة منه صريحًا، فلم تقو قرينة المعاوضة على إيجاب الفور.

(٤) أي لا رجوع له ولا يشترط القبول لفظًا لأنهما حرفا تعليق كمتَى.

(٥) لأنه قضية العوض في المعاوضات.

(٦) لأنها تبذل المال في تحصيل ما يستقل به الزوج من الطلاق المحصل للغرض.

(٧) لأن هذا شأن المعاوضة والجعالة.

(٨) لأنه شأن المعاوضة.

(٩) تغليبًا لشوب الجعالة، كما لو قال: رد عبيدي الثلاثة ولك ألف، فرد واحدًا استحق ثلث الألف.

(١٠) لأنها إنما بذلت المال لتملك نفسها، كما أنه إذا بذل الصداق لا تملك هي رفعه.

(١١) لأن شرط الرجعة والمال متنافيان فيتساقطان ويبقى مجرد الطلاق، وهو يقتضي الرجعة، ولأنه لما صرح برجعية علم أن مراده مجرد التعليق بصفة البراءة، لا أنها عوض.

قَوْلٍ: بَائِنٌ بِمَهْرِ مِثْلٍ(١).

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي بِكَذَا وَارْتَدَّتْ فَأَجَابَ إِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولٍ (1) أَوْ بَعْدَهُ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ بَانَتْ بِالرِّدَّةِ، وَلاَ مَالَ(٢)، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا طُلِّقَتْ بِالمَالِ(٣)، وَلاَ يَضُرُّ تَخَلُّلُ كَلاَمٍ يَسِيرٍ بَيْنَ إِيْجَابٍ وَقَبُولٍ(٤).

فَصْلٌ

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَيْكِ أَوْ وَلِي عَلَيْكِ كَذَا، وَلَمْ يَسْبِقْ طَلَبُهَا بِمَالٍ وَقَعَ رَجْعِيًّا قَبِلَتْ أَمْ لاَ، وَلاَ مَالَ(٥)، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرَادُ بِطَلَّقْتُكِ بِكَذَا وَصَدَّقَتْهُ فَكَهُوَ(٦) فِي الأَصَحِّ(٧)، وَإِنْ سَبَقَ بَانَتْ بِالْمَذْكُورِ(٨).

....

(1) خ ط: الدخول.

---

(١) لفساد العوض باشتراطها، والخلع لا يفسد بفساد العوض كما في المهر.

(٢) ولا طلاق لانقطاع النكاح بالردة في الحالين.

(٣) لأنّا تبيَّنا صحة الخلع، وتحسب العدة من الطلاق.

(٤) لأنه لا يعد إعراضًا هنا، نظرًا لشائبة التعليق أو الجعالة.

(٥) لأنه أوقع الطلاق مجانًا، إذ لم يذكر عوضًا وشرطًا، بل جملة معطوفة على الطلاق فلا يتأثر بها الطلاق، وتلغو في نفسها.

(٦) أي فكما لو قاله.

(٧) لأن المعنى حينئذٍ وعليك كذا عوضًا، أما إذا لم تصدقه وقبلت فيقع بائنا مؤاخذة له بإقراره.

(٨) لتوافقهما عليه، لأنه لو حذف: وعليك، لزم، فمع ذكرها أولى. فإن قصد ابتداء الكلام لا الجواب وقع رجعيًا.

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكِ كَذَا فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ كَطَلَّقْتُكِ بِكَذَا، فَإِذَا قَبِلَتْ بَانَتْ وَوَجَبَ المَالُ[١]، وَإِنْ قَالَ: إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَضَمِنَتْ فِي الْفَوْرِ بَانَتْ وَلَزِمَهَا الأَلْفُ[٢].

وَإِنْ قَال: مَتَى ضَمِنْتِ فَمَتَى ضَمِنَتْ طُلِّقَتْ[٣]، وَإِنْ ضَمِنَتْ دُونَ أَلْفٍ (1) لَمْ تُطَلَّقْ[٤]، وَلَوْ ضَمِنَتْ أَلْفَيْنِ طُلِّقَتْ[٥].

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ أَوْ عَكْسَهُ بَانَتْ بِأَلْفٍ[٦]، فَإِنِ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا فَلاَ[٧].

وَإِذَا عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ مَالٍ فَوَضَعَتْهُ بَيْنَ يَدَيْهِ طُلِّقَتْ[٨]، وَالأَصَحُّ دُخُولُهُ فِي مِلْكِهِ[٩].

....

(1) خ ط: الألف.

---

(١) لأن على: للشرط، فإذا قبلت طلقت.

(٢) لوجود العقد المقتضي للإلزام إيجابًا وقبولاً.

(٣) لأن متى للتراخي، ولا رجوع له.

(٤) لعدم وجود المعلق عليه.

(٥) الوجود المعلق عليه مع زيادة.

(٦) لأن أحدهما شرط في الآخر يعتبر اتصاله به، فهما قول واحد فاستوى التقديم والتأخير.

(٧) لعدم وجود المعلّق عليهما، وهو الطلاق والضمان.

(٨) لأنه إعطاء عرفًا لكونها مكّنته من قبضه بوضعه بين يديه، ففوّت حقه بالامتناع من أخذه.

(٩) لملك المرأة البضع بوقوع الطلاق، والعوضان يتقارنان في الملك.

وَإِنْ قَالَ: إِنْ أَقْبَضْتِنِي، فَقِيلَ: كَالإِعْطَاءِ[١]، وَالأَصَحُّ كَسَائِرِ التَّعْلِيقِ فَلاَ يَمْلِكُهُ[٢]، وَلاَ يُشْتَرَطُ لِلإِقْبَاضِ مَجْلِسٌ[٣].

قُلْتُ: وَيَقَعُ رَجْعِيًّا[٤]، وَيُشْتَرَطُ لِتَحَقُّقِ الصِّفَةِ[٥] أَخْذٌ [1] بِيَدِهِ مِنْهَا[٦]، وَلَوْ مُكْرَهَةً[٧]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ عَبْدٍ وَوَصَفَهُ بِصِفَةٍ سَلَم فَأَعْطَتْهُ لاَ بِالصِّفَةِ لَمْ تُطَلَّقْ[٨] أَوْ بِهَا مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّه وَمَهْرُ مِثْلٍ[٩]، وَفِي قَوْلٍ: قِيمَتُهُ سَلِيمًا[١٠].

. . . .

(1) خ أ وس: صفة.

---

(١) نظرًا لأنه يقصد به ما يقصد بالإعطاء.

(٢) لأن الإقباض لا يقتضي التمليك فهو صفة محضة بخلاف الإعطاء فإنه يقتضيه عرفًا، فإنه يقال: أعطاه فيفهم منه التمليك وإذا قيل: أقبضه لم يفهم منه ذلك.

(٣) لما تقرر أنه صفة محضة لا يقتضي الملك.

(٤) لما تقرر أن الإقباض لا يقتضي التمليك.

(٥) وهي الإقباض المتضمن للقبض.

(٦) فلا يكفي وضعه بين يديه، لأنه لا يسمّى قبضًا.

(٧) لوجود الصفة وهي القبض دون الإقباض، ولا يمنع الأخذ كرهًا من وقوع الطلاق لوجود الصفة كما ذكر، بخلافه في التعليق بالإعطاء المقتضي للتمليك لأنها لم تعط.

(٨) لعدم وجود المعلق عليه.

(٩) لفساد العوض، إذ هو مضمون عليها ضمان عقد لا ضمان يد على الأصح.

(١٠) بناء على أنه مضمون ضمان يد، والراجح أنه مضمون ضمان عقد.

وَلَوْ قَالَ: عَبْدًا طُلِّقَتْ بِعَبْدٍ[(١)] إِلَّا مَغْصُوبًا فِي الأَصَحِّ[(٢)]، وَلَهُ مَهْرُ مِثْلٍ[(٣)].

وَلَوْ مَلَكَ طَلْقَةً فَقَطْ فَقَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ الطَّلْقَةَ فَلَهُ أَلْفٌ[(٤)]، وَقِيلَ: ثُلُثُهُ[(٥)]، وَقِيلَ: إِنْ عَلِمَتِ الْحَالَ فَأَلْفٌ[(٦)]، وَإِلَّا فَثُلُثُهُ[(٧)].

وَلَوْ طَلَبَتْ طَلْقَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ بِمِائَةٍ وَقَعَ بِمِائَةٍ[(٨)]، وَقِيلَ: بِأَلْفٍ[(٩)]، وَقِيلَ: لَا تَقَعُ[(١٠)].

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غَدًا بِأَلْفٍ، فطلّق غدًا أَوْ قَبْلَهُ بَانَتْ[(١١)] بِمَهْرِ مِثْلٍ[(١٢)]،

---

(١) على أي صفة كان، لأنه لم يقيده بصفة، فصح بما يسمى عبدًا ولو مدبّرًا، ويجب رده والرجوع بمهر المثل، لأنه عقد وقع على مجهول.

(٢) لأن الإعطاء يقتضي التمليك وهو متعذر في المغصوب والمشترك والجاني المتعلق برقبته مال، والموقوف والمرهون، فلا تملك العقد عليه.

(٣) لأنه لم يطلق مجانًا، بل بعوض، وقد تعذر ملكه له، فتعين الرجوع إلى مهر المثل.

(٤) لأنه حصل بتلك الطلقة مقصود الثلاث وهو الحرمة، بالبينونة الكبرى.

(٥) توزيعًا للمسمَّى على العدد المسؤول، قياسًا على ما لو كان يملك الثلاث فطلق واحدة.

(٦) لأن مرادها حينئذٍ أن يكمل لها الثلاث.

(٧) لما تقدم من التوزيع.

(٨) لرضاه بها، ولأنه يقدر على الطلاق مجانًا، فبعوض وإن قلَّ أولى.

(٩) لأنها بانت بقوله: طلقتك، فاستحق الألف، ولغا قوله بمائة وكما لو سكت عن العوض موافقة لها.

(١٠) للمخالفة، كما لو قال: أنت طالق بألف فقبلت بمائة.

(١١) لأنه إن طلق في الغد فقد حصل مقصودها، وإن طلّق قبله فقد حصله مع زيادة.

(١٢) لأن هذا خلع دخله شرط تأخير الطلاق وهو فاسد لا يعتد به إذ هو لا يقبل التأخير من جانبها، لأن المغلب فيه المعاوضة.

وَقِيلَ فِي قَوْلٍ: بِالْمُسَمَّى[١].

وَإِنْ قَالَ: إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَدَخَلَتْ طُلِّقَتْ عَلَى الصَّحِيحِ[٢] بِالْمُسَمَّى[٣]، وَفِي وَجْهٍ أَوْ قَوْلٍ: بِمَهْرِ مِثْلٍ[٤].

وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ أَجْنَبِيٍّ، وَإِنْ كَرِهَتِ الزَّوْجَةُ[٥]، وَهُوَ كَاخْتِلَاعِهَا لَفْظًا وَحُكْمًا[٦]، وَلِوَكِيلِهَا أَنْ يَخْتَلِعَ لَهُ[٧]، وَلِأَجْنَبِيٍّ (1) تَوْكِيلُهَا فَتَتَخَيَّرُ هِيَ[٨].

وَلَوِ اخْتَلَعَ رَجُلٌ وَصَرَّحَ بِوَكَالَتِهَا كَاذِبًا لَمْ تُطَلَّقْ[٩]، وَأَبُوهَا كَأَجْنَبِيٍّ فَيَخْتَلِعُ بِمَالِهِ، فَإِنِ اخْتَلَعَ بِمَالِهَا وَصَرَّحَ بِوَكَالَةٍ أَوْ وِلَايَةٍ لَمْ

....

(1) خ المغني والسراج: وللأجنبي.

---

(١) ورد بأن هذا القول مبني على فساد الخلع، والمسمَّى إنما يكون مبنيًا على صحته.

(٢) لوجود المعلق عليه مع القبول.

(٣) لجواز الاعتياض عن الطلاق المعلق كالمنجز.

(٤) لأن المعاوضة لا تقبل التعليق، ورد بأن هذه معاوضة غير محضة.

(٥) لأن الطلاق يستقل به الزوج، والالتزام يتأتّى من الأجنبي؛ لأن الله تعالى سمّى الخلع فداء كفداء الأسير، وقد يحمله عليه ما يعلمه بينهما من الشر، فيخلصها ممن يسيء عشرتها ويمنعها حقوقها، وسواء اختلعها بلفظ طلاق أم بلفظ خلع.

(٦) في جميع ما مر، فهو من جانب الزوج ابتداء معاوضة فيها شوب تعليق فله الرجوع قبل القبول. نظرًا لشوب المعاوضة، ومن جانب الأجنبي ابتداء معاوضة فيها شوب جعالة.

(٧) قياسًا على جواز اختلاعه لها، فله أن يختلع لنفسه فيكون خلع أجنبي والمال عليه، كما لو لم توكّله.

(٨) بين الاختلاع لها، والاختلاع له، بأن تصرح أو تنوي ذلك.

(٩) لأن الطلاق مربوط بالمال ولم يلتزمه واحد منهما.

تُطَلَّقْ[1]، أَوْ بِاسْتِقْلَالٍ فَخُلْعٌ بِمَغْصُوبٍ[2].

فَصْلٌ

ادَّعَتْ خُلْعًا فَأَنْكَرَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[3]، وَإِنْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ بِكَذَا فَقَالَتْ: مَجَّانًا بَانَتْ وَلَا عِوَضَ[4]، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عِوَضِهِ، أَوْ قَدْرِهِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا[5] وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ[6].

وَلَوْ تَخَالَعَا بِأَلْفٍ وَنَوَيَا نَوْعًا لَزِمَ[7]، وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ[8].

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْنَا دَنَانِيرَ، فَقَالَتْ: بَلْ دَرَاهِمَ أَوْ فُلُوسًا تَحَالَفَا عَلَى الْأَوَّلِ[9]، وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ بِلَا تَحَالُفٍ فِي الثَّانِي[10]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

---

(١) لأنه ليس بولي في ذلك ولا وكيل فيه، والطلاق مربوط بالمال ولم يلتزمه أحد، ولأنه ليس له صرف مالها في الخلع.

(٢) لأنه غاصب لمالها بالتصرف المذكور، فيقع الطلاق بائنًا ويلزمه مهر مثل.

(٣) لأن الأصل عدمه، وبقاء النكاح.

(٤) إذا حلفت، لأن الأصل براءة ذمتها، ما لم يُقِم بيّنة: شاهدين، أو شاهدًا ويمينًا.

(٥) كالمتبايعين في كيفية الحلف ومن يبدأ به وقد مر ص ٤٧.

(٦) لأنه المَرَدُّ عند الاختلاف، فإن كان لأحدهما بينة عمل بها أو لكل منهما بينة سقطتا.

(٧) إلحاقًا للمنويّ بالملفوظ.

(٨) للجهالة بالعوض، ولا عبرة بالنيّة، فإن لم ينويا شيئًا لزم مهر مثل.

(٩) المعتمد كما لو اختلفا في الملفوظ، لأنه يرجع إلى اختلاف جنس العوض فيجب مهر المثل.

(١٠) لأنه المَرَدُّ عند الاختلاف.

كتاب الطلاق[1]

يُشْتَرَطُ لِنُفُوذِهِ التَّكْلِيفُ[2] إِلاَّ السَّكْرَانَ[3].

وَيَقَعُ بِصَرِيحِهِ بِلاَ نِيَّةٍ[4]، ....

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ما أحلَّ اللّـهُ شيئًا أبغض إليه من الطلاق»، وفي رواية: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق».

أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في كراهية الطلاق برقم ٢١٧٧ و ٢١٧٨، من حديث محارب بن دِثار عن ابن عمر موصولاً ومرسلاً، والحاكم في المستدرك ٢/١٩٦، وصححه، وقال الذهبي: على شرط مسلم.

(٢) لرفع القلم عن غير المكلف فلا يقع طلاقه لحديث عليّ رضي الله عنه.

أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل».

وقد تقدم تخريجه ١/١٤٧.

(٣) المتعدي بسكره تغليظًا عليه لتعديه بإذهاب عقله فيؤاخذ بأفعاله وأقواله كما سيأتي بيانه ص ٥٣٣.

(٤) لإيقاع الطلاق، من العارف بمدلول لفظه، إذ التحريم في الشرع علق على لفظ الطلاق، كما علق النكاح على لفظ النكاح أو التزويج، أما النية فليست بطلاق.

وَبِكِنَايَةٍ بِنِيَّةٍ[١].

فَصَرِيحُهُ الطَّلَاقُ[٢]، وَكَذَا الْفِرَاقُ وَالسَّرَاحُ عَلَى الْمَشْهُورِ[٣]:

كَطَلَّقْتُكِ، وَأَنْتِ طَالِقٌ، وَمُطَلَّقَةٌ، وَيَا طَالِقُ، لَا أَنْتِ طَلَاقٌ وَالطَّلَاقُ فِي الأَصَحِّ[٤]، وَتَرْجَمَةُ الطَّلَاقِ بِالْعَجَمِيَّةِ صَرِيحٌ عَلَى الْمَذْهَبِ[٥]، وَأَطْلَقْتُكِ وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ كِنَايَةٌ[٦]، وَلَوْ اشْتَهَرَ لَفْظٌ لِلطَّلَاقِ (1) كَالحَلَالُ أَوْ حَلَالُ اللَّهِ عَلَى حَرَامٌ فَصَرِيحٌ فِي الأَصَحِّ[٧].

---

(١) للإجماع على ذلك كما في فتح الجواد ٢/ ١٥١، فإن لم ينو لم يقع إجماعًا كما في التحفة ٨/ ٥، والنهاية ٦/ ٤٢٥، لأن التحريم في الشرع علق على الطلاق، ونية الطلاق ليست بطلاق، ولأن إيقاع الطلاق بالنية لا يثبت إلاَّ بأصل أو بالقياس على ما ثبت بأصل، وليس هنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت.

(٢) لاشتهاره فيه لغة وعرفًا وشرعًا كما علم من الآيات السابقة، وقد ورد في القرآن الكريم بهذا المعنى نحو عشر مرات.

(٣) لورودهما في القرآن الكريم بمعناه كذلك كما في قوله سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، فهو عُرف الشرع.

(٤) لأنهما مصدران، والمصادر لا تستعمل في الأعيان إلاَّ توسعًا فهما كنايتان.

(٥) لشهرة استعمالها عندهم في معناها شهرة العربية عند أهلها.

(٦) لعدم اشتهاره في معنى الطلاق.

(٧) لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم به عندهم.

قُلْتُ: الأَصَحُّ أَنَّهُ كِنَايَةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ[(١)].

وَكِنَايَتُهُ كَأَنْتِ خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، بَتَّةٌ، بَتْلَةٌ، بَائِنٌ، اعْتَدِّي، اسْتَبْرِئي رَحِمَكِ[(٢)]، إِلْحَقِي بِأَهْلِكِ، حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، لاَ أَنْدَهُ سَرْبَكِ[(٣)]، اعْزُبِـي، اغْرُبِـي، دَعِينِي، وَدِّعِينِي، وَنَحْوِهَا[(٤)].

وَالإِعْتَاقُ كِنَايَةَ طَلاَقٍ وَعَكْسُهُ[(٥)]، وَلَيْسَ الطَّلاَقُ كِنَايَةَ ظِهَارٍ وَعَكْسُهُ[(٦)].

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، أَوْ حَرَّمْتُكِ، وَنَوَى طَلاَقًا، أَوْ ظِهَارًا حَصَلَ[(٧)]، أَوْ نَوَاهُمَا، تَخَيَّرَ وَثَبَتَ مَا اخْتَارَهُ[(٨)]، وَقِيلَ: طَلاَقٌ[(٩)]، وَقِيـلَ: ظِهَـارٌ[(١٠)]، أَوْ تَحْـرِيـمَ عَيْنِهَـا لَـمْ تَحْـرُمْ[(١١)]، وَعَلَيْـهِ كَفَّـارَةُ

---

(١) لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن الكريم، وتكرره على لسان حملة الشريعة، وليس المذكور كذلك.

(٢) أي لأني طلقتك.

(٣) يعني: لا أهتم بشأنك.

(٤) من كل ما يشعر بالفرقة إشعارًا قريبًا.

(٥) يعني: الطلاق كناية عتق لاشتراكهما في الدلالة على إزالة ما يملكه.

(٦) لأن تنفيذ كل منهما في موضوعه ممكن فلا يعدل عنه.

(٧) لأن الظهار يقتضي التحريم إلى أن يكفر فجاز أن يكنى عنه بالحرام والطلاق سبب محرِّم.

(٨) لأنهما لا يثبتان جميعًا، إذ الطلاق يزيل النكاح والظهار يستدعي بقاءه، ولا يرتفعان لئلا يُلغى اللفظ الصريح.

(٩) لأنه أقوى بإزالته الملك.

(١٠) لأن الأصل بقاء النكاح.

(١١) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «إذا حرَّم الرجل امرأته فهي يمين يكفرها، =

يَمِينٍ[(١)]، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَكُنْ (1) نِيَّةٌ فِي الأَظْهَرِ[(٢)]، وَالثَّانِي لَغْوٌ[(٣)].

وَإِنْ قَالَهُ لأَمَتِهِ وَنَوَى عِتْقًا ثَبَتَ[(٤)]، أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا أَوْ لاَ نِيَّةَ فَكالزَّوْجَةِ[(٥)]، وَلَوْ قَالَ: هَذَا الثَّوْبُ أَوْ الطَّعَامُ أَوِ الْعَبْدُ حَرَامٌ عَلَيَّ فَلَغْوٌ[(٦)].

. . . .

(1) خ أ والتحفة والنهاية: إن لم تكن له.

= وقال: قد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة».
أخرجه البخاري في الطلاق، باب: لم تحرم ما أحل الله لك؟ برقم ٥٢٦٦ (يشير بذلك إلى قصة التحريم التي أخرجها النسائي في الطلاق، باب تأويل قول الله تعالى: يا أيها النبي... إلخ ٦/١٥١. بسند صحيح كما قال الحافظ في الفتح ٢٠/٣٨ عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كانت له أمة يطؤها فلم تزل به حفصة وعائشة حتى حرَّمها، فأنزل الله تعالى هذه الآية ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١]، قال الحافظ: وهذا أصح طرق هذا السبب)، ومسلم في الطلاق، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق برقم ١٩ (١٤٧٣).
وفي رواية للنسائي أن رجلاً قال له: إني جعلت امرأتي عليَّ حرامًا؟ قال: كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا هذه الآية ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١]، ثم قال له: «عليك أغلظ الكفارة». اهـ. ٦/١٥١.

(١) أي مثلها، لأن ذلك ليس يمينًا، إذ اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى أو صفة من صفاته، وعليه هذه الكفارة أخذًا من قصة مارية رضي الله عنها التي تقدم ذكرها وقول الله تعالى لنبيه ﷺ: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢].

(٢) لأن لفظ التحريم ينصرف شرعًا لإيجاب الكفارة.

(٣) لأنه كناية في ذلك.

(٤) لأنه كناية فيه إذ لا مجال للطلاق والظهار فيها.

(٥) فتلزمه الكفارة حيث لم ينو العتق لظاهر الآية التي مر ذكرها.

(٦) لأنه غير قادر على تحريمه بخلاف الزوجة والأمة، فإنه قادر على تحريمها بالطلاق والعتق.

وَشَرْطُ نِيَّةِ الْكِنَايَةِ اقْتِرَانُهَا بِكُلِّ اللَّفْظِ[(١)]، وَقِيلَ: يَكْفِي بِأَوَّلِهِ[(٢)]، وَإِشَارَةُ نَاطِقٍ بِطَلَاقٍ لَغْوٌ[(٣)]، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ[(٤)]، وَيُعْتَدُّ بِإِشَارَةِ أَخْرَسَ فِي الْعُقُودِ وَالْحُلُولِ[(٥)]، فَإِنْ فَهِمَ طَلَاقَهُ بِهَا كُلُّ أَحَدٍ فَصَرِيحَةٌ[(٦)]، وَإِنِ اخْتَصَّ بِفَهْمِهِ فَطِنُونَ فَكِنَايَةٌ[(٧)].

وَلَوْ كَتَبَ نَاطِقٌ طَلَاقًا، وَلَمْ يَنْوِهِ فَلَغْوٌ[(٨)]، وَإِنْ نَوَاهُ فَالأَظْهَرُ وُقُوعُهُ[(٩)]، فَإِنْ كَتَبَ: إِذَا بَلَغَكِ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنَّمَا تَطْلُقُ

---

(١) لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النيَّة معه.

(٢) استصحابًا لحكمها في باقيه دون آخره، وقياسًا على الصلاة إذا قارنت جزءًا منها. ورجح هذا الرافعي في الشرح الصغير، ونقل في الكبير ترجيحه عن إمام الحرمين وغيره وصوبه الزركشي. والذي رجحه ابن المقرىء كما في المغني ٣/ ٢٨٤، قال: وهو المعتمد أنه يكفي اقترانها ببعض اللفظ سواء كان من أوله أو وسطه أو آخره، قال: لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها.

(٣) لأن عدوله عن العبارة إلى الإشارة يفهم أنه غير قاصد للطلاق وإن قصده بها، فهي لا تقصد للإفهام إلاَّ نادرًا، فلا يقع به الطلاق وإن نواه وأفهم بها كل أحد.

(٤) لحصول الإفهام بها في الجملة.

(٥) للضرورة، إذ لا طريق له إلى الطلاق إلاَّ بالإشارة، وحاجته إلى الطلاق كحاجة غيره، فقامت الإشارة مقام العبارة.

(٦) تنزيلاً لها منزلة الطلاق الصريح.

(٧) قياسًا على لفظ الناطق.

(٨) لأن الكتابة تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط، فلم يقع الطلاق بمجردها، إذ لا لفظ، ولا نية.

(٩) لأن الكتابة طريق في إفهام المراد كالعبارة.

بِبُلُوغِهِ[١]، وَإِنْ كَتَبَ: إِذَا قَرَأْتِ كِتَابِي وَهِيَ قَارِئَةٌ فَقَرَأَتْهُ طُلِّقَتْ[٢]، وَإِنْ قُرِىءَ عَلَيْهَا فَلَا فِي الأَصَحِّ[٣]، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَارِئَةً فَقُرِىءَ عَلَيْهَا طُلِّقَتْ[٤].

فَصْلٌ

لَهُ تَفْوِيضُ طَلَاقِهَا إِلَيْهَا[٥]، وَهُوَ تَمْلِيكٌ فِي الجَدِيدِ[٦]، فَيُشْتَرَطُ لِوُقُوعِهِ تَطْلِيقُهَا عَلَى الْفَوْرِ [1] [٧].

وَإِنْ قَالَ: طَلِّقِي بِأَلْفٍ، فَطَلَّقتْ بَانَتْ وَلَزِمَهَا أَلْفٌ[٨]، وَفِي قَوْلٍ:

....

(1) خ أ وس وط والمحلي: على فور.

---

(١) رعاية للشرط.

(٢) لوجود المعلق عليه.

(٣) لعدم قراءتها مع إمكانها.

(٤) لأن القراءة في حق الأميّ محمولة على الاطلاع على ما في الكتاب وقد وجد.

(٥) لأن النبي ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]، كما قالت عائشة رضي الله عنها: «خيّرنا رسول الله ﷺ فاخترنا الله ورسوله فلم يعدَّ ذلك علينا شيئًا»، كما أخرجه البخاري في الطلاق، باب من خير نساءه برقم ٥٢٦٢، ومسلم في الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلاَّ بالنية برقم ٢٨ (١٤٧٧).

ونقلا في التحفة ٨/ ٢٣، والنهاية ٧/ ٤٣٨ الإجماع عليه.

(٦) لأن تطليقها نفسها متضمن للقبول.

(٧) لأن التمليك يقتضيه.

(٨) لأنه تمليك بالعوض كالبيع، وإذا لم يُذكر عوض فهو كالهبة.

تَوْكِيلٌ[١]، فَلَا يُشْتَرَطُ فَوْرٌ فِي الأَصَحِّ[٢]، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهَا خِلَافُ الْوكِيلِ[٣]، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا[٤].

وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَمَضَانُ فَطَلِّقِي لَغَا عَلَى التَّمْلِيكِ[٥]، وَلَوْ قَالَ: أَبِينِي نَفْسَكِ، فَقَالَتْ: أَبَنْتُ وَنَوَيَا وَقَعَ[٦] وَإِلَّا فَلَا[٧].

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي، فَقَالَتْ: أَبَنْتُ وَنَوَتْ، أَوْ أَبِينِي وَنَوى فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَقَعَ[٨].

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي وَنَوَى ثَلَاثًا فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَنَوَتْهُنَّ فَثَلَاثٌ[٩]، وَإِلَّا فَوَاحِدَةٌ فِي الأَصَحِّ[١٠]، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا فَوَحَّدَتْ أَوْ عَكْسَهُ فَوَاحِدَةٌ[١١].

---

(١) قياسًا على ما لو فوض طلاقها لأجنبي.

(٢) كما في توكيل الأجنبي المتقدم في الوكالة.

(٣) ومرَّ أنه لا يشترط على الأصح، بل يكفي عدم الرد. كما تقدم ص ١٦٤.

(٤) لأن التمليك والتوكيل يجوز الرجوع فيهما قبل القبول والتصرف، ويزيد التوكيل بجواز الرجوع فيه بعد القبول أيضًا لأنه عقد جائز.

(٥) وهو الأصح، لأنه لا يَقبل التعليق، كما لو قال: إذا جاء رمضان فقد ملكتك هذا الشيء فإنه لا يصح.

(٦) لأن الكناية مع النيّة كالصريح.

(٧) لأنه إن لم ينو لم يفوض الطلاق، وإذا لم تنو هي ما امتثلت فكان كلام غير الناوي لغوًا.

(٨) لأنها أمرت بالطلاق وقد فعلته في الحالين، ولا يضر اختلاف لفظهما، كما لو تبايعا بلفظ صريح من أحدهما وكناية مع النية من آخر.

(٩) لأن اللفظ يحتمل العدد وقد نوياه.

(١٠) لأن صريح الطلاق كناية في العدد فاحتاج لنيته منهما.

(١١) لدخولها في الثلاث التي فوضها في الصورة الأولى، ولعدم الإذن في الزائد في الثانية.

فَصْلٌ

مَرَّ بِلِسَانِ نَائِمٍ طَلَاقٌ لَغَا(١)، وَلَوْ سَبَقَ لِسَانٌ (1) بِطَلَاقٍ بِلَا قَصْدٍ لَغَا(٢)، وَلَا يُصَدَّقُ ظَاهِرًا إِلَّا بِقَرِينَةٍ(٣).

وَلَوْ كَانَ اسْمُهَا طَالِقًا فَقَالَ: يَا طَالِقُ وَقَصَدَ النِّدَاءَ لَمْ تُطَلَّقْ(٤)، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ(٥)؛ وَإِنْ كَانَ اسْمُهَا طَارِقًا أَوْ طَالِبًا فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَقَالَ: أَرَدْتُ النِّدَاءَ فَالْتَفَّ الْحَرْفُ صُدِّقَ(٦).

وَلَوْ خَاطَبَهَا بِطَلَاقٍ هَازِلًا أَوْ لَاعِبًا، أَوْ وَهُوَ يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً بِأَنْ كَانَتْ فِي ظُلْمَةٍ أَوْ نَكَحَهَا لَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَكِيلُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ وَقَعَ(٧).

....

(1) خ التحفة والنهاية: لسانه.

---

(١) لرفع القلم عنه حين تلفظه لحديث علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل». وقد تقدم ص ١/ ١٤٧.

(٢) لانتفاء قصده، قياسًا على لغو اليمين، ومثله تلَفُّظُهُ به حاكيًا أو تكرير الفقيه للفظه في تصويره.

(٣) لظهور صدقه حينئذٍ.

(٤) للقرينة الظاهرة على صدقه فصرَفه بذلك عن معناه.

(٥) حملاً على النداء لتبادره وغلبته.

(٦) لظهور القرينة.

(٧) أما في الأولين، فلحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة». أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على الهزل برقم ٢١٩٤، والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في =

وَلَوْ لَفَظَ أَعْجَمِيٌّ بِهِ بِالْعَرَبِيَّةِ وَلَمْ يَعْرِفْ مَعْنَاهُ لَمْ يَقَعْ[1]، وَقِيلَ: إِنْ نَوَى مَعْنَاهَا وَقع[2].

وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مُكْرَهٍ[3]، فَإِنْ ظَهَرَتْ قَرِينَةُ اخْتِيارٍ بِأَنْ أُكْرِهَ عَلَى ثَلَاثٍ، فَوَحَّدَ، أَوْ صَرِيحٍ أَوْ تَعْلِيقٍ فَكَنَّى أَوْ نَجَّزَ، أَوْ عَلَى طَلَّقْتُ فَسَرَّحَ أَوْ بِالْعُكُوسِ وَقَعَ[4].

وَشَرْطُ الإِكْرَاهِ: قُدْرَةُ المُكْرِهِ عَلَى تَحْقِيقِ مَا هَدَّدَ بِهِ بِوِلَايَةٍ أَوْ تَغَلُّبٍ، وَعَجْزُ المُكْرَهِ عَنْ دَفْعِهِ بِهَرَبٍ وَغَيْرِهِ، وَظَنُّهُ أَنَّهُ إِنِ امْتَنَعَ

= الجد والهزل في الطلاق برقم ١١٨٤، وقال: حسن غريب.

ولأنه أتى باللفظ عن قصد واختيار، وخاطب من هي محل الطلاق، وعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع لا أثر له، إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه، والعبرة في العقود ونحوها بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف، وأما في الصور الأخيرة، فلأنه أوقع الطلاق في محله، وظن غير الواقع لا يدفعه.

(١) لانتفاء قصده، كما لو نطق كلمة الكفر وهو لا يعرف معناها. فإنه لا يكفر.

(٢) لأنه نوى الطلاق، ورد بأنه لم يعرف معنى الطلاق، والمجهول لا يصح قصده.

(٣) لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق». أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على غلط برقم ٢١٩٣، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره والناسي برقم ٢٠٤٦، وأحمد في المسند ٦/ ٢٧٦، وفي إسناده ضعف، لكن حسنه الألباني في الإرواء ٧/ ١١٣ ـ ١١٤ نظرًا لشواهده التي ساقها هناك فتنظر. ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم إذا أكره على كلمة الكفر، فإذا لم يقع عليه الكفر وهو أعظم فلَأَن لا يقع عليه الطلاق من باب أولى. والإغلاق الإكراه كما نقله الحافظ في التلخيص ٣/ ٢١٠ عن علماء غريب الحديث.

(٤) لأن مخالفته تشعر باختياره.

حَقَّقَهُ[1]، وَيَحْصُلُ بَتَخْوِيفٍ بِضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إِتْلَافِ مَالٍ وَنَحْوِهَا[2]، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ قَتْلٌ[3]، وَقِيلَ: قَتْلٌ أَوْ قَطْعٌ أَوْ ضَرْبٌ مَخُوفٌ[4].

وَلَا تُشْتَرَطُ التَّوْرِيَةُ بِأَنْ يَنْوِيَ غَيْرَهَا[5]، وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَهَا بِلَا عُذْرٍ وَقَعَ[6].

وَمَنْ أَثِمَ بِمُزِيلِ عَقْلِهِ مِنْ شَرَابٍ أَوْ دَوَاءٍ نَفَذَ طَلَاقُهُ وَتَصَرُّفُهُ لَهُ وَعَلَيْهِ قَوْلًا وَفِعْلًا عَلَى الْمَذْهَبِ[7]، وَفِي قَوْلٍ:

---

(1) لأنه لا يتحقق بدون اجتماع ذلك كله.

(2) من كل ما يؤثر العاقل الطلاق دونه، ويختلف ذلك باختلاف طبقات الناس.

(3) لأن ما دونه يدوم معه النظر والاختيار، بخلاف القتل فإنه ينسلب معه.

(4) لأن هذه الأمور تفضي إلى القتل.

(5) لأنه مُجبَر على اللفظ فهو منه كالعدم.

(6) لإشعار تركها بالاختيار، ورد بالمنع.

(7) لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ ﴾ [النساء: ٤٣] فخاطبهم في حال السكر، فدل على أن السكران مكلف، ولما جاء أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة رضي الله عنهم وقال: إن الناس قد تباغوا في شرب الخمر واستحقروا حد العقوبة فيه، فما ترون؟ فقال علي كرّم الله وجهه: «إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحده حد المفتري» أخرجه الدارقطني في السنن ٣/ ١٦٦، فلولا أن لكلامه حكمًا لما زيد في حده لأجل هذيانه.
واحتج له الشافعي رضي الله عنه بحديث: «رفع القلم عن ثلاثة . . .»، وقد تقدم قريبًا.
قال: والسكران ليس في معنى واحد من هؤلاء، فإنه يجب عليه قضاء الصلاة والصوم وغيرهما، فالقلم غير مرفوع عنه بخلاف المجنون، قال: وهو قول أكثر من لقيته من المفتين. اهـ. كذا في المغني ٣/ ٢٩١، وهو بمعناه في الأم ٥/ ٢٥٣.

لاَ[1]، وَقِيلَ: عَلَيْهِ[2].

وَلَوْ قَالَ: رُبُعُكِ أَوْ بَعْضُكِ أَوْ جُزْؤُكِ أَوْ كَبِدُكِ أَوْ شَعَرُكِ أَوْ ظُفُرُكِ طَالِقٌ وَقَعَ[3]، وَكَذَا دَمُكِ عَلَى الْمَذْهَبِ[4]، لاَ فَضْلَةٌ كَرِيقٍ وَعَرَقٍ[5]، وَكَذَا مَنِيٌّ وَلَبَنٌ فِي الأَصَحِّ[6].

وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ يَمِينٍ: يَمِينُكِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْمَذْهَبِ[7]، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ وَنَوَى تَطْلِيقَهَا طُلِّقَتْ[8]، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ طَلاَقًا فَلاَ[9]، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَنْوِ إِضَافَتَهُ إِلَيْهَا فِي الأَصَحِّ[10].

---

(١) لأنه ليس له فهم وقصد صحيح، ورد بأن ما عنده من الفهم والقصد يكفي في نفوذ التصرف، إذ هو من قبيل ربط الأحكام بالأسباب.

(٢) تغليظًا عليه لينزجر، وذلك كالطلاق والإقرار والضمان، دون تصرفه له كالنكاح.

(٣) قالا في التحفة ٨/٣٨، والنهاية ٧/٤٤٨: إجماع في البعض وكالعتق في الباقي، وذلك لأنه لا يتبعض فكان إضافته إلى الجزء كالإضافة إلى الجميع قياسًا على العفو عن القصاص.

(٤) لأن به قوام البدن كالروح والنفس.

(٥) لأنها غير متصلة اتصال خلقه، بل البدن ظرف لهما بخلاف ما قبلهما.

(٦) لأنهما مهيئان للخروج بالاستحالة بخلاف الدم.

(٧) لفقدان الذي يسري منه الطلاق إلى الباقي.

(٨) لأن عليه حجرًا من جهتها، حيث لا ينكح معها أختها ولا أربعًا سواها، مع ما لها عليه من الحقوق والمؤن، فصح حمل إضافة الطلاق إليه على حل السبب المقتضي لهذا الحجر مع النيّة.

(٩) لأن اللفظ كناية إذ هو مضاف إلى غير محله، فاشترط فيه قصد الإيقاع كسائر الكنايات.

(١٠) لأنها محل الطلاق، وقد أضيف إلى غير محله، فلا بد في وقوعه من صرفه بالنية إلى محله.

وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْك بَائِنٌ اشْتُرِطَ نِيَّةُ الطَّلَاقِ(١)، وَفِي الإِضَافَةِ الوَجْهَانِ(٢)، وَلَوْ قَالَ: اسْتَبْرِئِي رَحِمِي مِنْكِ فَلَغْوٌ(٣)، وَقِيلَ: إِنْ نَوَى طَلَاقَهَا وَقَعَ(٤).

فَصْلٌ

خِطَاب الأَجْنَبِيَّةِ (1) بِطَلَاق وَتَعْلِيقُهُ بِنِكَاحٍ وَغَيْرِهِ لَغْوٌ(٥)، وَالأَصَحُّ صِحَّةُ تَعْلِيقِ العَبْدِ ثَالِثَةً كَقَوْلِهِ: إِنْ عَتَقْتُ أَوْ إِنْ دَخَلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَيَقَعْنَ إِذَا عَتَقَ أَوْ دَخَلَتْ بَعْدَ عِتْقِهِ(٦)، وَيَلْحَقُ رَجْعِيَّةً(٧) لَا مُخْتَلِعَةً(٨)،

....

(1) خ أ وط: أجنبية.

---

(١) كسائر الكنايات.

(٢) أصحهما يشترط.

(٣) لاستحالته في حقه إذ لا رحم له، والكناية شرطها احتمال اللفظ للمعنى المراد.

(٤) لأن المعنى: استبرئي الرحم التي كانت لي منك.

(٥) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق إلَّا فيما تملك، ولا عتق إلَّا فيما تملك، ولا بيع إلَّا فيما تملك» وقد تقدم ذكره في البيوع ص ١٠.

وحكيا في التحفة ٨/ ٤٢ والنهاية ٦/ ٤٥٠ الإجماع عليه وقالا: إجماعًا في المنجّز، وفي المعلق لانتفاء الولاية من القائل على المحل.

(٦) لأنه يملك أصل النكاح وهو يفيد الطلاق الثلاث بشرط الحرية وقد وجد.

(٧) لأنها في حكم الزوجة في وجوب النفقة والإرث وصحة الظهار والإيلاء واللعان وهذا ما عناه الشافعي رضي الله عنه بقوله: الرَّجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، ولذلك يملك عليها الرجعة.

(٨) لانقطاع عصمتها بالكلية في تلك الخمس وغيرها.

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِدُخُولٍ فَبَانَتْ ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ دَخَلَتْ لَمْ يَقَعْ إِنْ دَخَلَتْ فِي الْبَيْنُونَةِ(١)، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَدْخُلْ فِي الأَظْهَرِ(٢)، وَفِي ثَالِثٍ: يَقَعُ إِنْ بَانَتْ بِدُونِ ثَلَاثٍ(٣).

وَلَوْ طَلَّقَ دُونَ ثَلَاثٍ وَرَاجَعَ أَوْ جَدَّدَ وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الثَّلَاثِ(٤)، وَإِنْ ثَلَّثَ عَادَتْ بِثَلَاثٍ(٥)، وَلِلْعَبْدِ (1) طَلْقَتَانِ فَقَطْ(٦)،

....

(1) خ أ: ولعبد... ولحر.

---

(١) لأن اليمين تناولت دخولاً واحدًا، وقد وجد في حالة لا يقع فيها الطلاق فانحلّت.

(٢) لارتفاع النكاح الذي علق فيه، وامتناع أن يريد النكاح الثاني لأنه يكون تعليق طلاق قبل نكاح، فتعين أن يريد الأول وقد ارتفع.

(٣) لأنها لعودها بباقي الثلاث تعود بصفة من التعليق المذكور بخلاف ما إذا بانت بالثلاث، فلا يقع لاستيفائه بالثلاث والعائد طلقات جديدة.

(٤) إجماعًا إذا لم يكن زوج، ووفاقًا لقول أكابر الصحابة إذا كان زوج، منهم عمر رضي الله عنه، ولم يعرف لهم مخالف كما في التحفة ٨/ ٤٦، والنهاية ٦/ ٤٥٤.
وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فلم يفرق بين أن تتزوج آخر ويدخل بها قبل الثلاث، وأن لا، ولأنها لو تزوجت فهذا الزواج ليس شرطًا في الإباحة للأول، فلم يؤثر كوطء السيد أمته المطلّقة.

(٥) بالإجماع كما في التحفة ٨/ ٤٦، والنهاية ٦/ ٤٥٤ لأن دخول الثاني أفاد حل النكاح للأول، ولا يمكن بناؤه على العقد الأول، فثبت نكاح مستفتَح بأحكامه.

(٦) لما أخرج الشافعي في الأم ٥/ ٢٥٧ عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر قال: إذا طلق البعد امرأته اثنتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجًا غيره حرة كانت أو أمة».
وأخرجه كذلك مالك في الموطأ ٢/ ٢٨. وأخرج كذلك في موطأه ٢/ ٢٧ أن مكاتبًا كان لأم سلمة زوج النبي ﷺ أو عبدًا لها، كانت تحته امرأة حرة، فطلقها اثنتين ثم =

وَلِلْحُرِّ ثَلَاثٌ[1]، وَيَقَع فِي مَرَضِ مَوْتِهِ[2]، وَيَتَوَارَثَانِ فِي عِدَّةِ رَجْعِيٍّ[3] لَا بَائِنٍ[4]، وَفِي الْقَدِيمِ تَرِثُهُ[5].

فَصْلٌ

قَالَ: طَلَّقْتُكِ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى عَدَدًا وَقَعَ[6]، وَكَذَا الْكِنَايَةُ[7]،

= أراد أن يراجعها، فأمره أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك، فلقيه عند الدرج، آخذًا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعًا فقالا: «حَرُمت عليك حَرُمت عليك».

(١) لحديث أبي رزين الأسدي رضي الله عنه أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأين الثالثة؟ قال: «التسريح بإحسان» أخرجه الإمام أحمد وعبد بن حميد وابن مردويه كما في تفسير ابن كثير ١/ ٤٠٨.

(٢) قياسًا على وقوعه في صحته.

(٣) لبقاء آثار الزوجية في الرجعية في كل شيء إلا في الاستمتاع كما سيأتي ص ٥٦٩. ونقل ابن حجر ٨/ ٤٦، والرملي ٦/ ٤٥٥ الإجماع عليه.

(٤) لانقطاع الزوجية.

(٥) لأن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث فيعاقب بنقيض قصده.

(٦) لأن اللفظ يحتمل العدد بدليل جواز تفسيره به، وما احتمله اللفظ إذا نواه وقع به الطلاق كالكناية.

(٧) لحديث نافع بن عجير بن عبد يزيد بن ركانة، أن ركانة بن عبد يزيد طلّق امرأته سُهيمة ألبتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك، وقال: والله ما أردت إلاَّ واحدة، فقال رسول الله ﷺ: «والله ما أردت إلاَّ واحدة»؟ فقال ركانة: والله ما أردتُ إلاَّ واحدة، فردها إليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان. =

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَنَوَى عَدَدًا فَوَاحِدَةٌ[1]، وَقِيلَ: المَنْوِيُّ[2].

قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةٌ وَنَوَى عَدَدًا فَالْمَنْوِيُّ[3]، وَقِيلَ: وَاحِدَةٌ[4]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَاتَتْ قَبْلَ تَمَامِ: طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ[5]، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ: ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ[6]، وَقِيلَ: وَاحِدَةٌ[7]، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ[8].

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَتَخَلَّلَ فَصْلٌ فَثَلَاثٌ[9]، وَإِلَّا[10]

= أخرجه أبو داود في الطلاق، بـاب في ألبتة ٢/ ٢٦٣، والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته ألبتة برقم ١١٧٧، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق البتة برقم ٢٠٥١، والحاكم ٢/ ١٩٩ وصححه ووافقه الذهبي، ونقل الحافظ في التلخيص ٣/ ٢١٣ تصحيحه عن أبـي داود وابن حبان والحاكم، قال: وأعله البخاري بالاضطراب وعن ابن عبد البر في التمهيد قوله: ضعفوه.

(١) لأن اللفظ في ظاهره لا يحتمله حيث صرح بالواحدة.

(٢) عملاً بنيته. **وهذا من القيلات المعتمدة** حيث صححه الرافعي في شرح الوجيز تبعًا للبغوي وغيره كما قرره الخطيب في المغني ٣/ ٢٩٥.

(٣) حملا للتوحد على التفرد عن الزوج بالعدد المنوي لقربه من اللفظ.

(٤) لأن لفظ الواحدة لا يحتمل العدد.

(٥) لخروجها عن محل الطلاق بموتها قبل تمام لفظه.

(٦) لأنه كان قاصدًا للثلاث حين قال: أنت طالق، وقد تم معه الطلاق في حياتها.

(٧) لأنه الذي صادف الحياة.

(٨) لأن الكلام الواحد لا يفصل بعضه عن بعض في الحكم، ولا يعطى بعضه حكم كله.

(٩) وإن قصد التأكيد، لبعده مع الفصل، ولأنه مع الفصل خلاف الظاهر، لكن إذا قال: قصدت التأكيد فإنه يُديَّن.

(١٠) أي لم يتخلل فصل.

فَإِنْ قَصَدَ تَأْكِيدًا فَوَاحِدَةٌ[1] أَوْ اسْتِئْنَافًا فَثَلَاثٌ[2]، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الأَظْهَرِ[3]، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيدًا وَبِالثَّالِثَةِ اسْتِئْنَافًا أَوْ عَكَسَ فَثِنْتَانِ[4]، أَوْ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الأُولَى فَثَلَاثٌ فِي الأَصَحِّ[5].

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ صَحَّ قَصْدُ تَأْكِيدِ الثَّانِي بِالثَّالِثِ[6]، لَا الأَوَّلِ بِالثَّانِي[7].

وَهَذِهِ الصُّوَرُ فِي مَوْطُوءَةٍ، فَلَوْ قَالَهُنَّ لِغَيْرِهَا فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ[8].

وَلَوْ قَالَ لِهَذِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَدَخَلَتْ فَثِنْتَانِ فِي الأَصَحِّ[9].

وَلَوْ قَالَ لِمَوْطُوءَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ فَثِنْتَانِ[10]، وَكَذَا غَيْرُ مَوْطُوءَةٍ فِي الأَصَحِّ[11].

---

(1) لأن التأكيد معهود لغة وشرعًا.

(2) لظهور اللفظ فيه مع تأكده بالنية.

(3) عملاً بظاهر اللفظ، ولأن حمله على فائدة جديدة أولى من حمله على التأكيد لقاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله.

(4) عملاً بقصده.

(5) لتخلل الفاصل بين المؤكَّد والمؤكِّد وعملاً بقصده وبظاهر اللفظ.

(6) لتساويهما في الصفة.

(7) لاختصاص الثاني بواو العطف الموجب للتغاير.

(8) لأنها تبين بالأولى فلا يقع ما بعدها.

(9) لأنهما جميعًا معلّقتان بالدخول ولا ترتيب بينهما.

(10) لقبول المحل للمعية هنا.

(11) لما تقرر أنهما يقعان معًا.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ أَوْ بَعْدَهَا طَلْقَةٌ فَثِنْتَانِ فِي مَوْطُوءَةٍ(١)، وَطَلْقَةٌ فِي غَيْرِهَا(٢).

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً بَعْدَ طَلْقَةٍ أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ(٣)، وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً فِي طَلْقَةٍ وَأَرَادَ مَعَ فَطَلْقَتَانِ(٤)، أَوِ الظَّرْفَ أَوِ الحِسَابَ أَوْ أَطْلَقَ فَطَلْقَةٌ(٥).

وَلَوْ قَالَ: نِصْفُ طَلْقَةٍ فِي نِصْفِ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ(٦)، وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً فِي طَلْقَتَيْنِ وَقَصَدَ مَعِيَّةً فَثَلاثٌ(٧) أَوْ ظَرْفًا فَوَاحِدَةٌ(٨)، أَوْ حِسَابًا وَعَرَفَهُ فَثِنْتَانِ(٩)، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَصَدَ مَعْنَاهُ فَطَلْقَةٌ(١٠)، وَقِيلَ:

---

(١) لأن مقتضاه إيقاع طلقة في الحال، وتعقبها الأخرى.

(٢) لبينونتها بالأولى.

(٣) لإفادته الترتيب.

(٤) لأن «في» تستعمل بمعنى «مع» كما في قوله تعالى: ﴿ٱدۡخُلُواْ فِيٓ أُمَمٍ﴾ [الأعراف: ٣٨]، أي معهم.

(٥) لأنه مقتضى اللفظ في الأولين والأقل في الثالث.

(٦) لأن الطلاق لا يتبعَّض، وما لا يتبعض كان تسمية بعضه كتسمية جميعه ولعموم قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. ولم يفرق بين أن يطلقها طلقة أو بعض طلقة، ولأن التحليل والتحريم إذا اجتمعا غلب التحريم كما هي القاعدة الفقهية.

(٧) لما مر أن «في» تستعمل بمعنى «مع» كما في قوله سبحانه: ﴿ٱدۡخُلُواْ فِيٓ أُمَمٍ﴾ [الأعراف: ٣٨]، أي معهم.

(٨) لأن مقتضاه وقوع الظرف دون المظروف.

(٩) لأنها موجبة عند أهله. كما لو قال الحاسب ١ × ٢ = ٢.

(١٠) لبطلان قصد المجهول.

ثِنْتَـانِ[1]، وَإِنْ لَـمْ يَنْـوِ شَيْئًـا فَطَلْقَـةٌ[2]، وَفِـي قَـوْلٍ: ثِنْتَـانِ إِنْ عَـرَفَ حِسَابًا[3].

وَلَوْ قَالَ: بَعْضَ طَلْقَةِ فَطَلْقَةٌ[4]، أَوْ نِصْفَيْ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ[5] إِلَّا أَنْ يُرِيدَ كُلَّ نِصْفٍ مِنْ طَلْقَةٍ[6]، وَالأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَهُ: نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَةٌ[7]، وَثَلَاثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ أَوْ نِصْفَ طَلْقَةٍ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ طَلْقَتَانِ[8]، وَلَوْ قَالَ: نِصْفَ وَثُلُث طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ[9].

وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ أَوْ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا وَقَعَ عَلَى كُلٍّ طَلْقَةٌ[10]، فَإِنْ قَصَدَ تَوْزِيعَ كُلِّ طَلْقَةٍ عَلَيْهِنَّ وَقَعَ فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ، وَفِي ثَلَاثٍ وَأَرْبَعٍ ثَلَاثٌ[11]، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ بِبَيْنَكُنَّ

---

(١) لأنها موجبة وقد قصده.

(٢) لأنه المتيقن، فلا يرتفع اليقين بالشك.

(٣) لأنه مدلوله، فما عدل إلى هذا اللفظ إلا لإرادته.

(٤) لما مرَّ آنفًا أن الطلاق لا يتبعض.

(٥) لأنها مجموعهما.

(٦) فيقع ثنتان عملاً بقصده مع احتمال اللفظ له.

(٧) لأن ذلك نصفهما فحمْلُ اللفظ عليه صحيح.

(٨) نظرًا في الأولى إلى زيادة النصف الثالث على الطلقة فيحسب من أخرى، وفي الثانية إلى تكرار لفظ طلقة مع العطف.

(٩) لانتفاء تكرر لفظ طلقة، ولم يزد مجموع النصف والثلث على طلقة.

(١٠) لأن ما ذكر إذا وزع عليهن خص كلاً منهن طلقة، أو بعضها فتكمل، إذ الطلاق لا يتبعض كما تقدم فتكمل بالسراية.

(١١) عملاً بقصده.

بَعْضَهُنَّ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا فِي الأَصَحِّ(١).

وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ للأُخْرَى: أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا، أَوْ أَنْتِ كَهِيَ، فَإِنْ نَوَى طُلِّقَتْ(٢)، وَإِلاَّ فَلاَ(٣)، وَكَذَا لَوْ قَالَ آخَرُ ذَلِكَ لامْرَأَتِهِ(٤).

فَصْلٌ

يَصِحُّ الاِسْتِثْنَاءُ(٥) بِشَرْطِ اتِّصَالِهِ(٦)، وَلاَ يَضُرُّ سَكْتَةُ تَنَفُّسٍ وَعِيٍّ(٧).

قُلْتُ: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَ الاِسْتِثْنَاءَ قَبْلَ فَرَاغِ الْيَمِينِ فِي الأَصَحِّ(٨)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

---

(١) لأن ظاهر اللفظ يقتضي شركتهن، أما باطنًا فيُديَّن.

(٢) عملاً بنيّته.

(٣) لأنه كناية، إذ يحتمل غير الطلاق كالأخلاق، أو الحامل الذي طلقت من أجله أو نحوه

(٤) لما مرَّ أنه كناية.

(٥) لأنه وارد كثيرًا في كلام الله وكلام رسوله ﷺ وفي لسان العرب بما لا يحصى كثرة، ومن ذلك قوله سبحانه: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤].
وقوله جل شأنه حكاية عن إبليس عليه اللَّعنة: ﴿لَأُزَيِّنَنَّ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ وَلَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٣٩﴾ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ [الحجر: ٣٩، ٤٠]... ثم قال سبحانه: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢].
واحتج له الأصوليون بإجماع أهل اللغة كما في البحر المحيط للزركشي ٣/ ٢٧٧ حيث نفى الخلاف في جوازه.

(٦) لأنه إذا انفصل لم يكن كلامًا واحدًا عرفًا، والعرف في الاستثناء أن يتصل الكلام.

(٧) لأنها لا تعد فاصلاً عرفًا، بخلاف الكلام اليسير الأجنبي.

(٨) لأنه رافع لبعض ما سبق فاحتيج قصده للرفع، وإلاَّ كان منشئًا له بعد الوقوع.

وَيُشْتَرَطُ عَدَمُ اسْتِغْرَاقِهِ[1]. وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثًا الاَّ ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ[2]، وَقِيلَ: ثَلاَثٌ[3]، أَوِ اثْنَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلاَّ وَاحِدَةً فَثَلاَثٌ[4]، وَقِيلَ: ثِنْتَانِ[5]، وَهُوَ مِنْ نَفْيٍ إِثْبَاتٌ[6] وَعَكْسُهُ[7].

فَلَوْ قَالَ: ثَلاَثًا إِلاَّ ثِنْتَيْنِ إِلاَّ طَلْقَةً فَثِنْتَانِ[8]، أَوْ ثَلاَثًا إِلاَّ ثَلاَثًا إِلاَّ

---

(١) للإجماع على أن الاستثناء المستغرق باطل كما في التحفة ٨/ ٦٣، والنهاية ٦/ ٤٦٧ لأنه يؤدي إلى التناقض فيبقى الكلام على حاله.

(٢) لأنه لا يجمع مفرق لأجل الاستغراق، بل يفرد كل بحكمه كما هو شأن المتعاطفات.

(٣) بناء على الجمع فيكون مستغرقًا فيبطل.

(٤) لأنه إذا لم يجمع لأجل عدم الاستغراق، كانت الواحدة مستثناة من الواحدة وهو مستغرق فيبطل ويقع الثلاث.

(٥) بناء على الجمع في المستثنى منه.

(٦) لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إلـه إلاَّ الله...». أخرجه البخاري في الإيمان، باب: فإن تابوا وأقاموا الصلاة برقم ٢٥، ومسلم في الإيمان، باب: أمرت بقتال الناس حتى يشهدوا أن لا إلـه إلاَّ الله برقم ٢، ولظاهر قول الله تعالى: ﴿فَلَن نَّزِيدَكُمْ إِلَّا عَذَابًا﴾ [النبأ: ٣٠] والدلالة من الآية والحديث ظاهرة حيث إنَّ في الاستثناء ما صدر بالنفي وهذا كثير في الكتاب والسنَّة.

(٧) أي من الإثبات نفي كما في قولك: قام القوم إلاَّ زيدًا، أي لم يقم.

(٨) لأن المستثنى الثاني مستثنى من الأول، فيكون المستثنى في الحقيقة واحدة.

اثْنَتَيْنِ فَثِنْتَانِ[١]، وَقِيلَ: ثَلاثٌ[٢]، وَقِيلَ: طَلْقَةٌ[٣]، أَوْ خَمْسًا إِلاَّ ثَلاثًا فَثِنْتَانِ[٤]، وَقِيلَ: ثَلاثٌ[٥] أَوْ ثَلاثًا إِلاَّ نِصْفَ طَلْقَةٍ فَثَلاثٌ عَلَى الصَّحِيحِ[٦].

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ إِنْ لَمْ يَشَأ اللَّهُ وَقَصَدَ التَّعْلِيقَ لَمْ يَقَعْ[٧]، وَكَذَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ تَعْلِيقٍ[٨]، وَعِتْقٍ وَيَمِينٍ وَنَذْرٍ وَكُلِّ تَصَرُّفٍ[٩].

---

(١) لأنه لما عقب المستغرق بغيره خرج عن الاستغراق، نظرًا للقاعدة المذكورة، أي ثلاث يقعن إلاَّ ثلاث لا تقع، إلاَّ اثنتين يقعان.

(٢) لأن الاستثناء الأول مستغرق فيلغو هو وما بعده إذ هو مرتب عليه.

(٣) لأن الاستثناء الثاني صحيح فيعود إلى أول الكلام.

(٤) اعتبارًا للاستثناء من الملفوظ، لأنه لفظ فاتبع فيه موجب اللفظ.

(٥) اعتبارًا له بالمملوك فيكون مستغرقًا فيبطل.

(٦) تكميلاً للنصف الباقي في المستثنى منه، ولم يعكس؛ لأن التكميل إنما يكون في الإيقاع تغليبًا للتحريم.

(٧) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله فقد استثنى».
أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين برقم ٣٢٦١، والترمذي في النذور والأيمان، باب ما جاء في الاستثناء في اليمين برقم ١٥٣١ وحسنه.
ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى ومشيئته لا تعلم فلم يلزم بالشك شيء.
لقاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

(٨) لأن التعليق بالمشيئة يمنع الطلاق المنجز فالمعلق أولى.

(٩) للحديث السابق.

وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ اللَّـهُ وَقَعَ فِي الأَصَحِّ[١]، أَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّـهُ تَعَالَى فَلَا فِي الأَصَحِّ[٢].

فَصْلٌ

شَكَّ فِي طَلَاقٍ فَلَا[٣]، أَوْ فِي عَدَدٍ فَالأَقَلُّ[٤]، وَلَا يَخْفَى الْوَرَعُ[٥].

---

(١) لأن النداء يقتضي تحقق الاسم أو الصفة حال النداء، ولا يقال في الحاصل إن شاء الله تعالى.

(٢) لأن استثناء المشيئة يوجب حصر الوقوع في حالة عدم المشيئة ولا اطلاع لنا بعدم المشيئة، فلم يقع الطلاق لعدم تحققه.

(٣) قال في التحفة ٨/ ٦٩، والنهاية ٦/ ٤٧٢: إجماعًا، يعني: لأن الأصل عدمه إذ العصمة ثابتة بيقين فلا ترتفع إلَّا بيقين.

(٤) لأنه اليقين والأصل عدم الزيادة.

(٥) لحديث النعمان بن بشير رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الحلال بيّن والحرام بيّن، وبينهما أمور مشتبهة، فمن ترك ما شُبِّه عليه من الإثم كان لما استبان أترك...» الحديث، أخرجه البخاري في البيوع، باب الحلال بيِّن والحرام بيِّن برقم ٢٠٥١.

وحديث الحسن بن علي رضي الله عنهما قال: حفظت من رسول الله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة». أخرجه الترمذي في صفة القيامة برقم ٢٥١٨، والورع في ذلك أن يحتاط فيه، فإن كان الشك في أصل الطلاق الرجعي راجع ليكون على يقين من الحل، أو البائن بدون ثلاث جدد النكاح، أو بثلاث أمسك عنها وطلقها ثلاثًا لتحل لغيره يقينًا، وإن كان الشك في العدد أخذ بالأكثر، فإن شك في وقوع طلقتين أو ثلاث لم ينكحها حتى تنكح زوجًا غيره.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ ذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ آخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْهُ فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَجُهِلَ لَمْ يُحْكَمْ بِطَلَاق أَحَدٍ [1] (١)، فَإِنْ قَالَهُمَا رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْهِ طُلِّقَتْ إِحْدَاهُمَا(٢) وَلَزِمَهُ الْبَحْثُ وَالْبَيَانُ(٣)، وَلَوْ طَلَّق إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا ثُمَّ جَهِلَهَا وُقِفَ حَتَّى يَذْكُرَ(٤)، وَلَا يُطَالَبُ بِبَيَانٍ إِنْ صَدَّقَتَاهُ فِي الجَهْلِ(٥).

وَلَوْ قَالَ لَهَا وَلأَجْنَبِيَّةٍ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَقَالَ: قَصَدْتُ الأَجْنَبِيَّةَ قُبِلَ فِي الأَصَحِّ(٦)، وَلَوْ قَالَ: زَيْنَبُ طَالِقٌ، وَقَالَ: قَصَدْتُ أَجْنَبِيَّةً فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ(٧).

وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتَيْهِ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَقَصَدَ مُعَيَّنَةً طُلِّقَتْ(٨)، وَإِلَّا

....

[1] خ س وظ: واحد.

---

(١) لأنه لو انفرد أحدهما بما قاله لم يحكم بوقوع طلاقه لجواز أنه غير غراب فتعليق الآخر لا يغير حكمه إذ الأصل بقاء النكاح.

(٢) لوجود إحدى الصفتين، إذ ليس بينهما واسطة.

(٣) ليتضح له الحال، ويعلم المطلقة من غيرها.

(٤) لأن إحداهما حرمت عليه يقينًا، ولا مجال للاجتهاد هنا.

(٥) لأن الحق لهما.

(٦) لاحتمال اللفظ لذلك.

(٧) لأنه خلاف الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

(٨) لأن اللفظ صالح لكل منهما، فإذا صرفه بالنية إلى واحدة انصرف وصار اللفظ كالنص في التعيين.

فَإِحْدَاهُمَا[1]، وَيَلْزَمُهُ الْبَيَانُ فِي الحَالَةِ الأُوْلَى، وَالتَّعْيِينُ فِي الثَّانِيَةِ[2]، وَتُعْزَلَانِ عَنْهُ إِلَى الْبَيَانِ أَوِ التَّعْيِينِ[3]، وَعَلَيْهِ الْبِدَارُ بهِمَا[4]، وَنَفَقَتُهُمَا فِي الحَالِ[5]، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ[6]، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُعَيَّنْ، فَعِنْدَ التَّعْيِينِ[7]، وَالْوَطْءُ لَيْسَ بَيَانًا وَلَا تَعْيِينًا[8]، وَقِيلَ: تَعْيِينٌ[9].

وَلَوْ قَالَ مُشِيرًا إِلَى وَاحِدَةٍ: هَذِهِ المُطَلَّقَةُ فَبَيَانٌ[10]، أَوْ أَرَدْتُ هَذِهِ وَهَذِهِ، أَوْ هَذِهِ بَلْ هَذِهِ حُكِمَ بِطَلَاقِهِمَا[11]، وَلَوْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ بَيَانٍ وَتَعْيِينٍ بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ لِبَيَانِ الإِرْثِ[12]، وَلَوْ مَاتَ فَالأَظْهَرُ قَبُولُ بَيَانِ

---

(١) مبهمة.

(٢) لتعلم المطلقة من غيرها، لتترتب الأحكام المتعلقة بالمطلقة من عدة ونفقة ومتعة ونحو ذلك.

(٣) لاختلاط المحرمة بالمباحة.

(٤) أي البيان أو التعيين لرفع حبسه المفارقةَ منهما، فإن أخر بلا عذر أثم وعزر إن امتنع.

(٥) لحبسهما عنده حبس الزوجات.

(٦) في حالتي التعيين وعدمه.

(٧) لأنه لو وقع قبله لوقع لا في محل، والطلاق شيء معين، فلا يقع إلَّا في محل معين.

(٨) لأن الطلاق لا يقع بالفعل فكذا بيانه.

(٩) قياسًا على وطء المبيعة في زمن الخيار، حيث يكون إجازة وفسخًا.

(١٠) لأنه إخبار عن إرادته السابقة المعلقة بمحل معين.

(١١) لأنه أقر بطلاق الأولى ثم بطلاق الثانية، فيقبل إقراره لا رجوعه حيث أقر بحق غيره عليه، وهذا ظاهرًا، أما باطنًا بينه وبين الله تعالى فالمطلقة من نواها فقط.

(١٢) لأنه قد ثبت إرثه في إحداهما بيقين، فيوقف من مال كل منهما أو الميتة نصيب الزوج حيث لا مانع من الإرث، فإذا بيَّن أو عين لم يرث من مطلقة بائنًا، لعدم التوارث بينهما، ويرث من الأخرى.

وَارِثِهِ[1] لَا تَعْيِينِهِ[2].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ غُرَابًا فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَإِلَّا فَعَبْدِي حُرٌّ وَجُهِلَ مُنِعَ مِنْهُمَا إِلَى الْبَيَانِ[3]، فَإِنْ مَاتَ لَمْ يُقْبَلْ بَيَانُ الْوَارِثِ عَلَى الْمَذْهَبِ[4]، بَلْ يُقْرَعُ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ[5]، فَإِنْ قَرَعَ عَتَقَ[6]، أَوْ قَرَعَتْ لَمْ تُطَلَّقْ[7]، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرِقُّ[8].

فَصْلٌ

الطَّلَاقُ: سُنِّيٌّ وَبِدْعِيٌّ وَيَحْرُمُ الْبِدْعِيُّ[9]، وَهُوَ ضَرْبَانِ: طَلَاقٌ فِي

---

(١) لأنه إخبار يمكن وقوف الوارث عليه بخبر أو قرينة.

(٢) لأنه اختيار شهوة فلا دخل للوارث فيه.

(٣) للعلم بزوال ملكه عن أحدهما، فأشبه طلاق إحدى الزوجتين وعليه نفقتهما إلى البيان.

(٤) لأنه يتهم في بيان أن الطائر غراب ليمنع المرأة من الإرث وإبقاء العبد في الرق.

(٥) إذ لعل القرعة تخرج على العبد، فإنها مؤثرة في العتق دون الطلاق.

(٦) من رأس المال إن كان التعليق في الصحة، وإلاَّ فمن الثلث.

(٧) لأنه لا أثر للقرعة في الطلاق، بدليل ما لو طلّق إحدى امرأتيه وإنما دخلت في العتق للنص في ذلك وهو ما تقدم في الوصية ص ٣٦٠ عن عمران بن الحصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثًا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقَّ أربعة، وقال له قولاً شديدًا». أخرجه مسلم.

(٨) لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه ففي غيره أولى.

(٩) لقول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي في الوقت الذي يَشرعنَ فيه في العدة، وزمن الحيض لا يحسب من العدة وذلك لما فيه من الإضرار بها بتطويل العدة، ولا ضرر ولا ضِرار.

حَيْضٍ مَمْسُوسَةٍ[1]، وَقِيلَ: إِنْ سَأَلَتْهُ لَمْ يَحْرُمْ[2]، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا فِيهِ[3] لَا أَجْنَبِيٍّ فِي الأَصَحِّ[4]، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ حَيْضِكِ فَسُنِّيٌّ فِي الأَصَحِّ[5]، أَوْ مَعَ آخِرِ طُهْرٍ لَمْ يَطَأْهَا فِيهِ فَبِدْعِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ[6].

وَطَلَاقٌ فِي طُهْرٍ وُطِىءَ فِيهِ مَنْ قَدْ تَحْبَلُ وَلَمْ يَظْهَرْ حَمْلٌ[7]، فَلَوْ وَطِىءَ حَائِضًا وَطَهُرَتْ فَطَلَّقَهَا فَبِدْعِيٌّ فِي الأَصَحِّ[8]، وَيَحِلُّ خُلْعُهَا[9]،

---

(١) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلّق قبل أن يمسَّ، فتلك العدة التي أمر الله أن تُطلَّقَ لها النساء»، أخرجه البخاري في الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [الطلاق: ١] الآية برقم ٥٢٥١، ومسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها برقم ١ (١٤٧١).

(٢) لرضاها بطول المدة، والأصح التحريم لأنها قد تسأله كاذبة كما هو شأنهن، ولإطلاق الآية الكريمة ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

(٣) لحاجتها إلى الخلاص بالمفارقة، إذ بذلها المال يشعر باضطرارها للفراق حالاً، ولإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

(٤) لأنه لم يعلم فيه وجود حاجتها إلى الخلاص بالمفارقة.

(٥) لاستعقابه الشروع في العدة، بناءً على أن القرء الطهر المحتوش بدمين وهو الأظهر.

(٦) لأنه لا يستعقب الشروع في العدة، بناءً على الراجح في تفسير القرء.

(٧) لأنه قد يندم عندما يظهر الحمل، إذ الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل وعند الندم قد لا يمكن التدارك فيتضرر الولد.

(٨) لاحتمال علوقها من ذلك الوطء، فيؤدي إلى الندم.

(٩) قياسًا على الحائض في جواز خلعها لحاجتها لذلك بدليل بذل المال كما تقدم آنفًا.

وَطَلاَقُ مَنْ ظَهَرَ حَمْلُهَا(١).

وَمَنْ طَلَّقَ بِدْعِيًّا سُنَّ لَهُ الرَّجْعَةُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدَ طُهْرٍ(٢).

وَلَوْ قَالَ لِحَائِضٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ وَقَعَ فِي الحَالِ(٣) أَوْ لِلسُّنَّةِ فَحِينَ تَطْهُرُ(٤)، أَوْ لِمَنْ فِي طُهْرٍ لَمْ تُمَسَّ فِيهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَقَعَ فِي الحَالِ(٥)، وَإِنْ مُسَّتْ فِيهِ فَحِينَ تَطْهُرُ بَعْدَ حَيْضٍ(٦)، أَوْ لِلْبِدْعَةِ فَفِي الحَالِ إِنْ مُسَّتْ فِيهِ [1] (٧)، وَإِلاَّ فَحِينَ تَحِيضُ(٨).

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً حَسَنَةً أَوْ أَحْسَنَ الطَّلاَقِ أَوْ أَجْمَلَهُ فَكَالسُّنَّةِ(٩)، أَوْ طَلْقَةً قَبِيحَةً أَوْ أَقْبَحَ الطَّلاَقِ أَوْ أَفْحَشَهُ فَكَالْبِدْعَةِ [2] (١٠)،

....

(1) سقطت كلمة: فيه، من خ س وب والنهاية.

(2) خ أ: كالبدعة.

---

(١) لعدم احتمال الندم، بعد تبين الحمل.

(٢) لأمر النبي ﷺ ابن عمر مراجعة زوجه كما تقدم.

(٣) لاتّصاف طلاقها به.

(٤) لتعليق الطلاق به وهي لم توجد بعد، ولا يتوقف على الاغتسال.

(٥) لوجود الصفة المعلّق عليها الطلاق.

(٦) لشروعها حينئذٍ في حالة السنّة.

(٧) لوجود الصفة كذلك.

(٨) حيث تتحقق الصفة.

(٩) لأن الأَوْلى بالمدح ما وافق الشرع.

(١٠) لأن الأولى بالذم ما خالف الشرع.

أَوْ سُنِّيَّةً (1) بِدْعِيَّةً أَوْ حَسَنَةً قَبِيحَةً وَقَعَ فِي الحَالِ[١]، وَلَا يَحْرُمُ جَمْعُ الطَّلَقَاتِ[٢].

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا أَوْ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ، وَفَسَّرَ بِتَفْرِيقِهَا عَلَى أَقْرَاءٍ لَمْ يُقْبَلْ[٣] إِلَّا مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الجَمْعِ[٤]، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُدَيَّنُ[٥]، وَيُدَيَّنُ مَنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ إِنْ دَخَلْتِ (2)، أَوْ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ[٦].

. . . .

(1) خ س: أو سنة.

(2) خ أ: الدار.

---

(١) لتضاد الوصفين، فألغيا وبقي الموصوف.

(٢) لحديث سهل بن سعد رضي الله عنه في قصّة عويمر العجلاني حيث لاعن من امرأته ثم طلقها ثلاثًا قبل أن يأمره النبي ﷺ. . .».
كما أخرجه البخاري في الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث. . . برقم **٥٢٥٩**، ومسلم في اللعان في أوله برقم ١ (١٤٩٢).
والمعنى أنه طلق قبل أن يخبره النبي ﷺ أنها بانت باللعان، فلو كان إيقاع الثلاث حرامًا لنهاه عن ذلك ليعلمه هو ومن حضر، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز عليه ﷺ.
ولحديث عائشة رضي الله عنه أن رجلاً طلق امرأته ثلاثًا فتزوجت فطلق، فسئل النبي ﷺ: أتحل للأول؟ قال: لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول. أخرجه البخاري في الباب السابق برقم **٥٢٦١**.
ولأنه يملك عليها ثلاثًا فسواء فرقها أو جمعها فقد تصرف بما يملك.

(٣) لمخالفته لمقتضى الظاهر من اللفظ.

(٤) كالمالكي مثلاً، لأن الظاهر من حاله أنه لا يقصد ارتكاب محظور في معتقده، فيقبل منه ظاهرًا ويدين.

(٥) لأنه لو وصل ما يدعيه باللفظ لانتظم، فيعمل به في الباطن، ويقبل تفسيره.

(٦) لما مر من أنه لو وصله مصرحًا به لانتظم.

وَلَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقُ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ بَعْضَهُنَّ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ ظَاهِرًا(١) إِلَّا لِقَرِينَةٍ بِأَنْ خَاصَمَتْهُ، وَقَالَتْ: تَزَوَّجْتَ فَقَالَ (1): كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ غَيْرَ الْمُخَاصِمَةِ(٢).

فَصْلٌ

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ كَذَا أَوْ فِي غُرَّتِهِ أَوْ أَوَّلِهِ وَقَعَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ(٣)، أَوْ فِي نَهَارِهِ أَوْ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنْهُ فَبِفَجْرِ أَوَّلِ يَوْمٍ(٤)، أَو آخِرِهِ فَبِآخِرِ جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ(٥)، وَقِيلَ: بِأَوَّلِ النِّصْفِ الآخِرِ(٦).

وَلَوْ قَالَ لَيْلًا: إِذَ مَضَى يَوْمٌ فَبِغُرُوبِ شَمْس غَدِهِ(٧)، أَوْ نَهَارًا: فَفِي مِثْلِ وَقْتِهِ مِنْ غَدِهِ(٨)، أَوِ الْيَوْمَ: فَإِنْ قَالَهُ نَهَارًا فَبِغُرُوبِ شَمْسِهِ(٩)

....

(1) خ أ: وقال.

---

(١) لأنه خلاف ظاهر اللفظ من العموم فلا يقبل قوله ولكن يدين بينه وبين الله تعالى لاحتماله.

(٢) لظهور صدقه حينئذٍ بالقرينة الظاهرة.

(٣) لتحقق الاسم بأول جزء منه.

(٤) لأن الفجر أول النهار، وأول اليوم.

(٥) لأن المفهوم منه آخره الحقيقي.

(٦) إذ كله آخر الشهر، فيقع بأوله، وهو أول جزء منه وهو ليلة سادس عشرِهِ لأن منه إلى آخره يسمى آخرًا، ورد بسبق الأول إلى الفهم.

(٧) لأنه به يتحقق مضي يوم.

(٨) لأن اليوم حقيقة في جميعه متواصلاً كان أو متفرقًا.

(٩) لأن «أل» العهدية تصرفه إلى الحاضر منه.

وَإِلاَّ لَغَا[١]، وَبِهِ يُقَاسُ شَهْرٌ وَسَنَةٌ[٢].

أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ أَمْس، وَقَصَدَ أَنْ يَقَعَ فِي الحَالِ مُسْتَنِدًا إِلَيْهِ وَقَعَ فِي الحَالِ[٣]، وَقِيلَ: لَغْوٌ[٤]، أَوْ قَصَدَ أَنَّهُ طَلَّقَ أَمْس، وَهِيَ الآنَ مُعْتَدَّةٌ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[٥]، أَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ فِي نِكَاحٍ آخَرَ، فَإِنْ عُرِفَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[٦]، وَإِلاَّ فَلاَ[٧].

وَأَدَوَاتُ التَّعْلِيقِ: مَنْ: كَمَنْ دَخَلَتْ، وَإِنْ، وَإِذَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا، وَكُلَّمَا، وَأَيُّ [1]، كَأَيُّ وَقْتٍ دَخَلْتِ[٨]، وَلاَ يَقْتَضِينَ فَوْرًا[٩] إِنْ عَلَّقَ بِإِثْبَاتٍ فِي غَيْرِ خُلْعٍ[١٠] إِلاَّ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ

....

(1) خ ط: ومهما.

---

(١) إذ لا نهار حتى يحمل على المعهود.

(٢) في التعريف والتنكير إذ هو مثله، لكن لا يتأتى هنا إلغاء.

(٣) لأنه أوقعه حالاً وهو ممكن، وأسنده لزمن سابق وهو غير ممكن فألغي.

(٤) نظرًا لإسناده لغير ممكن، ورُد بأن الإناطة بالممكن أولى.

(٥) لقرينة الإضافة إلى أمس، وتحسب العدة مما ذكر إذا صدقته، فإن لم تصدقه فمن حين أقر.

(٦) للقرينة، إلاَّ أن تصدقه فلا يمين.

(٧) لبعد دعواه.

(٨) ويضاف إليها أدوات أخرى وهي: إذما، ومهما، وما، وأيَّان، وأينَ، وحيثما، وكيفما. لأنها كلها أدوات شرط وتعليق.

(٩) لأنها وضعت لا بقيد دلالة على فور أو تراخ.

(١٠) أما فيه فيشترط فيه الفور في بعض أدواته كإن، وإذا، لأنه وضع للمعاوضة فاشترط فيه اقتران القبول بالإيجاب كما تقدم في بابه.

شِئْتِ[١]، وَلاَ تكرُّرَ [1] إلاَّ كُلَّما[٢].

وَلَوْ قالَ: إِذَا طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَلَّقَ أَوْ عَلَّقَ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ فَطَلْقَتَانِ[٣]، أَوْ كُلَّمَا وَقع طَلاَقِي فطَلَّقَ فَثَلاَثٌ فِي مَمْسُوسَةٍ[٤] وَفِي غَيْرِهَا طَلْقَةٌ[٥].

وَلَوْ قَالَ وَتَحْتَهُ أَرْبَعٌ: إِنْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً فَعَبْدٌ حُرٌّ، وَإِنْ ثِنْتَيْنِ فَعَبْدَانِ، وَإِنْ ثَلاثًا فَثَلاَثَةٌ، وَإِن أَرْبَعًا فَأَرْبَعَةٌ؛ فَطَلَّقَ أَرْبَعًا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا عَتَقَ عَشَرَةٌ[٦]، وَلَوْ عَلَّقَ بِكُلَّمَا فَخَمْسَةَ عَشَرَ عَلَى الصَّحِيحِ[٧].

وَلَوْ عَلَّقَ بِنَفْيِ فِعْلٍ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ إِنْ عَلَّقَ بِإِنْ، كَإِنْ لَمْ تَدْخُلي وَقَعَ

....

(1) ط والنهاية: تكرارًا.

---

(١) فإنه يقتضي الفور، لتضمنه تمليك الطلاق.

(٢) لأنها للتكرار وضعًا واستعمالاً بخلاف غيرها.

(٣) واحدة بالتنجيز أو التعليق بصفة وجدت، وأخرى بالتعليق به، لأن التعليق مع وجود الصفة تطليق وقد وجدا بعد التعليق الأول.

(٤) لاقتضاء كلما التكرار واحدة بالتنجيز وثنتان بالتعليق بكلّما.

(٥) لأنها تبين بالمنجز فلا يقع المعلّق بعدها.

(٦) لأن واحدًا بطلاق الأولى، واثنين بالثانية، وثلاثة بالثالثة، وأربعة بالرابعة فالمجموع عشرة، وعليه تعيينهم.

(٧) لأن واحدًا بطلاق الأولى، وثلاثة بطلاق الثانية، لأنه صدق به طلاق واحدة وطلاق ثنتين، وأربعة بطلاق الثالثة، لأنه صدق به طلاق واحدة وطلاق ثلاث، وسبعة بطلاق الرابعة لأنه صدق به طلاق واحدة وطلاق ثنتين غير الأولين، وطلاق أربع فكان المجموع خمسة عشر.

عِنْدَ الْيَأْسِ مِنَ الدُّخُولِ[١]، أَوْ بِغَيْرِهَا فَعِنْدَ مُضِيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ذَلِكَ الْفِعْلُ[٢].

وَلَو قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتِ أَوْ أَنْ لَمْ تَدْخُلِي بِفَتْحِ أَنْ وَقَعَ فِي الحَالِ[٣].

قُلْتُ: إِلاَّ فِي غَيْرِ نَحْوِيٍّ فَتَعْلِيقٌ فِي الأَصَحِّ[٤]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

عَلَّقَ بِحَمْلٍ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ ظَاهِرٌ وَقَعَ[٥]، وَإِلاَّ فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ التَّعْلِيقِ بَانَ وُقُوعُهُ[٦]، أَوْ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ أَوْ بَيْنَهُمَا وَوُطِئَتْ وَأَمْكَنَ حُدُوثُهُ بِهِ فَلاَ[٧]، وَإِلاَّ فَالأَصَحُّ وُقُوعُهُ[٨].

---

(١) لأنَّ إنْ لا تقتضي الفور في أصل وضعها اللغوي، إذ هي حرف شرط لا إشعار له بالزمان فكأنه قال: إن فاتك الدخول، وفواته لا يكون إلاَّ بالموت بخلاف غيرها كإذا، فإنها ظرف زمان كمتى في التناول للأوقات.

(٢) لما تقرر أنَّ غير إنْ تتناول الأوقات كلها، فأي وقت فات مع إمكان الدخول يقع عنده الطلاق.

(٣) لأن أن المفتوحة للتعليل كما في قوله تعالى: ﴿أَن كَانَ ذَا مَالٍ وَبَنِينَ﴾ [القلم: ١٤]، وسواء كان ما علل به صادقًا أو كاذبًا.

(٤) لأن الظاهر قصده له، وهو لا يميز بين أَنْ وإِن.

(٥) لوجود الشرط، لأن الحمل يعامل معاملة المعلوم.

(٦) لتحقق وجود الحمل حين التعليق، لاستحالة حدوثه بعد ذلك، لما سيأتي ص ٥٦٧ أن أقله ستة أشهر.

(٧) لِتبيُّن انتفاء الحمل في الصورة الأولى، إذ أكثر مدة الحمل أربع سنين. ولاحتمال حدوث الحمل من الوطء بعد التعليق في الثانية، ولأن الأصل بقاء النكاح فلا يرتفع إلاَّ باليقين.

(٨) لتبين الحمل ظاهرًا عند وجود التعليق، ولهذا ثبت نسبه منه.

وَإِنْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً بِذَكَرٍ فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا وَقَعَ ثَلاَثٌ[(١)]، أَوْ إِنْ كَانَ حَمْلُكِ ذَكَرًا فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ[(٢)]، أَوْ إِنْ وَلَدْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتِ اثْنَيْنِ مُرَتَّبًا طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ[(٣)]، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالثَّانِي[(٤)].

وَإِنْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتِ فَوَلَدَتْ ثَلاَثَةً مِنْ حَمْلٍ وَقَعَ بِالأَوَّلَيْنِ طَلْقَتَانِ وَانْقَضَتْ بِالثَّالِثِ[(٥)]، وَلاَ يَقَعُ بِهِ ثَالِثَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ[(٦)].

وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعٍ: كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ فَصَوَاحِبُهَا طَوَالِقُ فَوَلَدْنَ معًا طُلِّقْنَ ثَلاَثًا ثَلاَثًا[(٧)]، أَوْ مُرَتَّبًا طَلَقَتِ الرَّابِعَةُ ثَلاَثًا[(٨)]، وَكَذَا الأُوْلَى إِنْ بَقِيَتْ عِدَّتُهَا[(٩)]، وَالثَّانِيَةُ طَلْقَةً[(١٠)]، وَالثَّالِثَةُ

---

(١) لتبين وجود الصفتين.

(٢) لأن قضية اللفظ كون جميع الحمل ذكرًا أو أنثى، ولم يوجد.

(٣) لوجود الصّفة.

(٤) لصدق انتهاء العدة بالوضع كما قال الله تعالى: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وسواء كان من حمل الأول، بأن كان بين وضعيهما دون ستة أشهر، أم من حمل آخر، بأن وطأها بعد ولادة الأول وأتت بالثاني لأقل من أربع سنين.

(٥) لتبين براءة الرحم.

(٦) لأن به يتم انفصال الحمل الذي تنقضي به العدة، فلا يقارنه طلاق.

(٧) لأن لكل واحدة ثلاث صواحب، فتقع بولادة كل من عداها طلقة طلقة ولا يقع بها نفسها شيءٌ، ويَعتَدِدْنَ جميعًا بالأقراء، إلاّ الرابعة في الصورة الثانية فبالوضع.

(٨) بولادة كل من الثلاث طلقة طلقة، وانقضت عدتها بوضعها.

(٩) لأنها رجعية، والرجعية يلحقها الطلاق في العدة، وقد ولد بعدها ثلاث.

(١٠) بولادة الأولى.

طَلْقَتَيْنِ[١] وَانْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا بِوِلَادَتِهِمَا[٢]، وَقِيلَ: لَا تُطَلَّقُ الأُولَى[٣]، وَتُطَلَّقُ الْبَاقِيَاتُ طَلْقَةً طَلْقَةً[٤].

وَإِنْ وَلَدَتْ ثِنْتَانِ مَعًا، ثُمَّ ثِنْتَانِ معًا طُلِّقَتِ الأَوْلَيَانِ ثَلَاثًا ثلاثًا[٥]، وَقِيلَ: طَلْقَةً[٦]، وَالأُخْرَيَانِ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَتَيْنِ[٧].

وَتُصَدَّقُ بِيَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا إِذَا عَلَّقَهَا بِهِ[٨]، لَا فِي وِلَادَتِهَا فِي الأَصَحِّ[٩]، وَلَا تُصَدَّقُ فِيهِ فِي تَعْلِيقِ غَيْرِهَا[١٠].

---

(١) بولادة الأولى والثانية.

(٢) فلا يقع عليهما طلاق بولادة من بعدهما.

(٣) لأن من علق طلاقهن بولادتها خرجن عن كونهن صواحب لها.

(٤) لأنهن صواحبها عند ولادتها؛ لاشتراك الجميع في الزوجية حينئذٍ وبطلاقهن انقضت الصحبة بين الجميع فلا تؤثر ولادتهن في حق الأولى، ولا ولادة بعضهن في حق بعض الأولى، ورد بأن الصحبة لا تنتفي بالطلاق الرجعي، بدليل أن الرجعية يلحقها الطلاق ونحوه من أحكام الزوجية عدا الاستمتاع كما سيأتي ص ٥٦٩.

(٥) لأن طلقة بولادة من ولد معها، وطلقتين بولادة الأخريين ولا يقع على الأخريين بولادتهما شيء، وعدتهما بالأقراء.

(٦) بولادة رفيقتها وانتفت الصحبة من حينئذٍ، وهذا بناء على الضعيف السابق.

(٧) بولادة الأوليين، ولا يقع عليهما بولادة الأخرى شيءٌ، وتنقضي عدتهما بولادتهما.

(٨) لأنها أعرف به بل لا يعرف إلا من قِبَلها.

(٩) لإمكان إقامة البينة عليه، بخلاف الحيض، فإنه يتعسّر إقامة البينة عليه وإن شوهد الدم، لجواز أن يكون دم استحاضة ونحوه.

(١٠) كإن حضت فضرتك طالق، فقالت: حضت. فالقول قول الزوج إذا ادعته لأنها لا تصدق بغير يمين، فلو حلفت لزم منه حكم الإنسان بيمين غيره وهو ممتنع، فيصدق الزوج جريًا على الأصل في تصديق المنكر.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، فَزَعَمَتَاهُ وَكَذَّبَهُمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَلاَ يَقَعْ[(١)]، وَإِنْ كَذَّبَ وَاحِدَةً طُلِّقَتْ فَقَطْ[(٢)].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَوْ إِذَا أَوْ مَتَى طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثًا فَطَلَّقَهَا وَقَعَ الْمُنَجَّزُ فَقَطْ[(٣)]، وَقِيلَ: ثَلاَثٌ[(٤)]، وَقِيلَ: لاَ شَيْءَ[(٥)].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْكِ، أَوْ آلَيْتُ، أَوْ لاَعَنْتُ، أَوْ فَسَخْتُ بِعَيْبِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثًا، ثُمَّ وُجِدَ الْمُعَلَّقُ بِهِ فَفِي صِحَّتِهِ الْخِلاَفُ[(٦)].

---

(١) لأن طلاق كل واحدة منهما متعلق بشرطين، ولم يثبت بقولهما، والأصل عدم الحيض وبقاء النكاح، فإن أقامت كل واحدة بينة وقع.

(٢) إذا حلفت أنها حاضت، لثبوت حيضها بيمينها، وحيض ضرتها بتصديق الزوج لها، والمصدقة لا يثبت في حقها حيض ضرتها بيمينها، لأن اليمين لا تؤثر في حق غير الحالف، فلم تطلق، وتطلق المكذبة فقط بلا يمين.

(٣) لأن المعلق لو وقع لم يقع المنجّز؛ لزيادته على المملوك، وإذا لم يقع المنجّز لم يقع المعلق لأنه مشروط به، فوقوعه محال، بخلاف وقوع المنجّز.

(٤) المنجزة، وطلقتان من الثلاث المعلقة، إذ بوقوع المنجّزة، وجد شرط وقوع الثلاث، والطلاق لا يزيد عليهن، فيقع من المعلق تمامهن ويلغو قوله قبله، لحصول الاستحالة به. واختار هذا أئمة كثيرون متقدمون، ورجع إليه السبكي آخر أمره كما في التحفة ٨/ ١١٤.

(٥) لأنه لو وقع المنجَّز لوقع المعلق قبله بحكم التعليق، ولو وقع المعلق لم يقع المنجَّز، وإذا لم يقع المنجَّز لم يقع المعلّق.
وهذا ما صححه الأكثرون كما في المغني ٣/ ٣٢٣. واشتهرت هذه المسألة بالسريجية نسبة لابن سريج لأنه الذي أظهرها، قال الرملي ٧/ ٣٢: لكن الظاهر أنه رجع عنها لتصريحه في كتاب الزيادات بوقوع المنجَّز.

(٦) فعلى الأول الراجح يصح ويلغو تعليق الطلاق، لاستحالة وقوعه، وعلى الثالث يلغُوَان، ولا يأتي الثاني هنا لعدم الجنسية المقتضية للتكميل.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ مُبَاحًا فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، ثُمَّ وَطِئَ لَمْ يَقَعْ قَطْعًا(١).

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِمَشِيئَتِهَا خِطَابًا اشْتُرِطَتْ (1) عَلَى فَوْرٍ(٢)، أَوْ غَيْبَةً أَوْ بِمَشِيئَةِ أَجْنَبِيٍّ فَلاَ فِي الأَصَحِّ(٣).

وَلَوْ قَالَ المُعَلَّقُ بِمَشِيئَتِهِ: شِئْتُ كَارِهًا بِقَلْبِهِ وَقَعَ(٤)، وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ بَاطِنًا(٥)، وَلاَ يَقَعُ بِمَشِيئَةِ صَبِيَّةٍ وَصَبِيٍّ(٦)، وَقِيلَ: يَقَعُ بِمُمَيِّزٍ(٧)، وَلاَ رُجُوعَ لَهُ قَبْلَ المَشِيئَةِ(٨).

....

(1) خ ط: اشترط.

---

(١) لأنه لو وقع لخرج الوطء عن كونه مباحًا، وخروجه عن ذلك محال.

(٢) لأنه استدعاء لجوابها المنزل منزلة القبول، ولأنه في معنى تفويض الطلاق إليها وهو تمليك فاشترط فيه الفور كالتمليك في العقود، والمراد بالفور مجلس التواجب في العقود.

(٣) لبعد التمليك في الأول مع عدم الخطاب، ولعدم التمليك في الثاني.

(٤) لأن القصد اللفظ الدال، لا المشيئة في الباطن لخفائها.

(٥) لانتفاء المشيئة في الباطن، ورد بأن ما في الباطن لخفائه لا يقصد التعليق به، وإنما يقصد التعليق باللفظ الدال عليه.

(٦) لأن عبارتيهما ملغاة في التصرفات الشرعية كالمجنون.

(٧) قياسًا على اعتبار كلامه في اختيار أحد أبويه بعد الحضانة كما سيأتي ٣/ ٨٩ وقبوله إذنه لداخل كما تقدم ص ١٦٠، ونحوها، ورد بظهور الفرق إذ ما هنا تمليك أو شبهه، ومحل الخلاف إن لم يقل: إن قلت: شئت، وإلاَّ وقع بمشيئته، لأنه بتعليقه بالقول صرف لفظ المشيئة عن مقتضاه من كونه تصرفًا يقتضي الملك أو شبهه.

(٨) نظرًا لأنه تعليق ظاهرًا، وإن تضمن تمليكًا، كما لا يرجع في التعليق بالإعطاء، وإن تضمن معاوضة.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ طَلْقَةً فَشَاءَ طَلْقَةً لَمْ تُطَلَّقْ(١)، وَقِيلَ: تَقَعُ طَلْقَةً(٢).

وَلَوْ عَلَّقَ بِفِعْلِهِ فَفَعَلَ نَاسِيًا لِلتَّعْلِيقِ أَوْ مُكْرَهًا لَمْ تُطَلَّقْ فِي الأَظْهَرِ(٣)، أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُبَالِي بِتَعْلِيقِهِ وَعَلِمَ بِهِ فَكَذَلِكَ(٤)، وَإِلاَّ فَيَقَعُ قَطْعًا(٥).

فَصْلٌ

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَأَشَارَ بِأُصْبُعَيْنِ أَوْ ثَلاثٍ لَمْ يَقَعْ عَدَدٌ إِلاَّ بِنِيَّةٍ(٦)، فَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ: هَكَذَا، طَلَقَتْ فِي أُصْبُعَيْنِ طَلْقَتَيْنِ وَفِي ثَلاثٍ ثَلاثًا (1) (٧)،

....

(1) س وب: وأربع.

---

(١) نظرًا إلى أن المعنى إلاَّ أن يشاءها فلا تطلقين أصلاً، فأخرج مشيئة زيد واحدة عن أحوال وقوع الطلقات فلا يقع شيء، كما لو قال: إلاَّ أن يدخل زيد الدار، فإن لم يشأ شيئًا وقع الثلاث.

(٢) نظرًا لأن المعنى إلاَّ أن يشاء طلقة فلا يزاد عليها، فالإخراج من وقوع الثلاث دون أصل الطلاق.

(٣) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وقد تقدم تخريجه ١/ ٤٢١.

(٤) لا يقع إن فعله ناسيًا أو مكرهًا، أو جاهلاً، لأن الظاهر أنه يمتنع من فعله، لأنه يهمه أمره، فكان كنفسه.

(٥) لأن الحلف حينئذٍ لم يتعلق به غرض حث ولا منع، بل مجرد التعليق بالفعل.

(٦) لأن الطلاق لا يتعددُ إلاَّ بلفظ أو نية، لأنه مما لا يؤدى بغير الألفاظ ولم يوجد واحد منهما.

(٧) لأن الإشارة بالأصبع في العدد مع قول ذلك بمنزلة النيّة كما في حديث ابن عمر =

فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بِالإِشَارَةِ المَقْبُوضَتَيْنِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[1].

وَلَوْ قالَ عَبْدٌ: إِذَا مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ سَيِّدُهُ: إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَعَتَقَ بِهِ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لاَ تَحْرُمُ بَلْ لَهُ الرَّجْعَةُ، وَتَجْدِيدٌ قَبْلَ زَوْجٍ[2].

وَلَوْ نَادَى إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ فَأَجَابَتْهُ الأُخْرَى، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَهُوَ يَظُنهَا المُنَادَاةَ لَمْ تُطَلَّقِ المُنَادَاةُ وَتُطَلَّقُ المُجِيبَةُ فِي الأَصَحِّ[3].

وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْل رُمَّانَةٍ وَعَلَّقَ بِنِصْفٍ فَأَكَلَتْ رُمَّانَةً فَطَلْقَتَانِ[4].

وَالحَلفُ بِالطَّلاَقِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَثٌّ أَوْ مَنْعٌ أَوْ تَحْقِيقُ خَبَرٍ[5]، فَإِذَا قَالَ: إِنْ حَلَفْتُ بِطَلاَقٍ فَأَنْت طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: إِنْ لَمْ تَخْرُجِي، أَوْ إِنْ

= رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» وأشار بأصابع يديه، يعني ثلاثين، «وهكذا وهكذا وهكذا»، يعني تسعًا وعشرين.
كما أخرجه البخاري في الصيام، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة برقم ١٩٠٨، وفي الطلاق، باب اللعان برقم ٥٣٠٢.

(١) لاحتمال اللفظ له فيقع ثنتان فقط.

(٢) لأن الطلقتين والعتق وقعا معًا بالموت، فغلّب حكم الحريّة لتشوُّفِ الشارع لها بخلاف الطلاق.

(٣) لأنها المخاطبة بالطلاق حقيقة، وقد صادف محلاً.

(٤) لحصول الصفتين بأكلها، حيث يصدق عليها أنها أكلت النصف وأكلت الكل.

(٥) لأن الحلف بالطلاق فرع الحلف بالله تعالى، والحلف بالله تعالى مشتمل على ذلك.

خَـرَجْـتِ، أَوْ إِنْ لَـمْ يَكُـنْ الأَمْـرُ كَمَـا قُلْـتِ فَـأَنْـتِ طَـالِـقٌ وَقَـعَ المُعَلَّـقُ بِالحَلِفِ[١]، وَيَقَعُ الآخَرُ إِنْ وُجِدَتْ صِفَتُهُ[٢].

وَلَوْ قَالَ: إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ أَوْ جَاءَ الحُجَّاجُ فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ المُعَلَّقُ بِالحَلْفِ[٣].

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: اسْتِخْبَارًا أَطَلَّقْتَهَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ فَإِقْرَارٌ بِهِ[٤]، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ مَاضِيًا وَرَاجَعْتُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[٥]، وَإِنْ قِيلَ ذَلِكَ الْتِمَاسًا لإِنْشَاءٍ فَقَالَ: نَعَمْ فَصَرِيحٌ[٦]، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ[٧].

فَـصْـلٌ

عَلَّقَ بِأَكْلِ رَغِيفٍ أَوْ رُمَّانَةٍ فَبَقِيَ لُبَابَةٌ أَوْ حَبةٌ لَمْ يَقَعْ[٨]، وَلَوْ أَكَلا تَمْرًا وَخَلَطَا نَوَاهُمَا فَقَالَ: إِنْ لَمْ تُمَيِّزِي نَوَاكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَجَعَلَتْ كُلَّ

---

(١) لأن ما قاله حلف بأقسامه السابقة.

(٢) لصدق التعليق عليه حينئذٍ. فتقع طلقتان.

(٣) لأنه ليس بحثّ ولا منع ولا تحقيق خبر، فيقع بها إن وجدت وإلاَّ فلا.

(٤) لأنه صريح إقرار، وتقديره: نعم طلقتها، فإن كذب فهي زوجته باطنًا لا ظاهرًا.

(٥) لاحتمال ما يدعيه.

(٦) لأن كلمة «نعم» قائمة مقام طلقتها المراد بذكره في السؤال.

(٧) لأن «نعم» ليست من صرائح الطلاق، ورُد بأنها وإن كانت ليست صريحة فيه، لـكنها حاكيـة لمـا قبلهـا الـلازم منـه إفادتهـا في مثـل هذا المقام أن المعنى: نعم طلقتها.

(٨) لأنه لم يأكل الكل حقيقة، وإن تسامح أهل العرف في إطلاق أكل الرغيف أو الرمانة في ذلك.

نَوَاةٍ وَحْدَهَا لَمْ يَقَعْ[١] إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ تَعْيِينًا[٢].

وَلَوْ كَانَ بِفَمِهَا تَمْرَةٌ فَعَلَّقَ بِبَلْعِهَا ثُمَّ بِرَمْيِهَا ثُمَّ بِإِمْسَاكِهَا، فَبَادَرَتْ مَعَ فَرَاغِهِ بِأَكْلِ بَعْضٍ وَرَمْيِ بَعْضٍ لَمْ يَقَعْ[٣].

وَلَوْ اتَّهَمَهَا بِسَرِقَةٍ، فَقَالَ: إِنْ لَمْ تُصْدِقِينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: سَرَقْتُ مَا سَرَقْتُ لَمْ تُطَلَّقْ[٤].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ تُخْبِرِينِي بِعَدَدِ حَبِّ هَذِهِ الرُّمَّانَةِ قَبْلَ كَسْرِهَا فَالخَلَاصُ أَنْ تَذْكُرَ عَدَدًا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَنْقُصُ عَنْهُ ثُمَّ تَزِيدُ وَاحِدًا وَاحِدًا حَتَّى تَبْلُغَ مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ[٥]، وَالصُّورَتَانِ فِيمَنْ لَمْ يَقْصِدْ تَعْرِيفًا[٦].

وَلَوْ قَالَ لِثَلَاثٍ: مَنْ لَمْ تُخْبِرْنِي بِعَدَدِ رَكَعَاتِ فَرَائِضِ الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ. فَقَالَتْ وَاحِدَةٌ: سَبْعَ عَشَرَةَ، وَأُخْرَى خَمْسَ عَشَرَةَ: أَيْ يَوْمَ جُمُعَةٍ، وَثَالِثَةٌ إِحْدَى عَشَرَةَ: أَيْ لِمُسَافِرٍ لَمْ يَقَعْ[٧].

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى حِينٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ بَعْدَ حِينٍ طُلِّقَتْ بِمُضِيِّ

---

(١) لحصول التمييز بذلك لغة لا عرفًا.

(٢) لتعذّر التمييز حينئذٍ فيقع.

(٣) لأن أكل البعض أو رمي البعض مغاير لكل من الثلاثة. فلم يحصل المعلق عليه الطلاق.

(٤) لأنها صادقة في أحد الكلامين.

(٥) ليدخل عددها في جملة ما أخبرته بعينه.

(٦) فإن قصده لم تخلص بذلك، لأنه لا يحصل به التعريف.

(٧) لصدقهن فيما ذكرنه من العدد. فكل عدد له محمل صحيح.

لَحْظَةٍ(١)، وَلَوْ عَلَّقَ بِرُؤْيَةِ زَيْدٍ أَوْ لَمْسِهِ وَقَذْفِهِ تَنَاوَلَهُ حَيًّا وَمَيِّتًا(٢)، بِخِلَافِ ضَرْبِهِ(٣).

وَلَوْ خَاطَبَتْهُ بِمَكْرُوهٍ كَيَا سَفِيهُ يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذَاكَ [1] فَأَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أَرَادَ مُكَافَأَتَهَا بِإِسْمَاعِ مَا تَكْرَهُ طُلِّقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَفَهٌ(٤)، أَوِ التَّعْلِيقَ اعْتُبِرَتِ الصِّفَةُ(٥)، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْصِدْ فِي الأَصَحِّ(٦)، وَالسَّفَهُ مُنَافٍ إِطْلَاقَ التَّصَرُّفِ(٧).

وَالخَسِيسُ، قِيلَ: مَنْ بَاعَ دِينَهُ بِدُنْيَاهُ(٨)، وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: هُوَ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ لَائِقٍ بِهِ بُخْلًا(٩).

. . . .

(1) خ ط: كذلك.

---

(١) لأن كلاً من هذه يقع عليه لفظ حين طويلاً كان أو قصيرًا كما في قوله سبحانه: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، وقوله جل شأنه: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، وإلى بمعنى بعد.

(٢) لصدق ذلك عليه حيًا وميتًا، أما في الرؤية واللمس فواضح، وأما في القذف فلأن قذف الميت كقذف الحي في الإثم والحكم

(٣) لأن قصد التعليق بالضرب التشويش والإيلام، والميت لا يحس بالضرب.

(٤) لأن المعنى: إذا كنت كذلك في زعمك فأنت طالق.

(٥) قياسًا على سائر التعليقات.

(٦) نظرًا لوضع اللفظ، إذ المَرعيُّ في التعليقات الوضع اللغوي لا العرف إلَّا إذا قوي واطرد.

(٧) أي هو صفة لا يكون الشخص معها مطلق التصرف، كأن يبلغ مبذرًا يضيع المال في غير وجهه الجائز، فيوجب ذلك الحجر عليه.

(٨) أي ترك دينه لاشتغاله بالدنيا.

(٩) لأن ذلك قضية العرف، لا زهدًا أو تواضعًا أو طرحًا للتكلف.

كتاب الرجعة[1]

شَرْطُ المُرْتَجِعِ: أَهْلِيةُ النِّكَاحِ بِنَفْسِهِ[2]، وَلَوْ طَلَّقَ فَجُنَّ فَلِلْوَلِيِّ الرَّجْعَةُ عَلَى الصَّحِيحِ حَيْثُ لَهُ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ[3]. وَتَحْصُلُ بِرَاجَعْتُكِ وَرَجَعْتُكِ وَارْتَجَعْتُكِ[4]، وَالأَصَحُّ أَنَّ الرَّدَّ وَالإِمْسَاكَ صَرِيحَانِ[5]، وَأَنَّ التَّزْوِيجَ وَالنِّكَاحَ كِنَايَتَانِ[6]، وَلْيَقُلْ: رَدَدْتُهَا إِلَيَّ

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقوله سبحانه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها.

أخرجه أبو داود في الطلاق باب في المراجعة برقم ٢٢٨٣، وابن ماجه في الطلاق في أوله برقم ٢٠١٦، والحاكم في المستدرك ٢/١٩٧، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

(٢) لأنها كإنشائه، فلا تصح من مكره، للحديث السابق ١/٤٢١: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، ولا من صغير ولا مجنون لأن عباراتهم غير معتبرة شرعًا لحديث: «رفع القلم عن ثلاثة...» وقد تقدم ١/١٤٧، ولا مرتد، لأن مقصودها الحل والردة تنافيه.

(٣) بناء على الأصح في جواز التوكل في الرجعة.

(٤) لشيوعها وورودها، وكذا ما اشتق منها.

(٥) لورودها في القرآن الكريم كما في الآيتين السابقتين.

(٦) لعدم شهرتهما في الرجعة.

أَوْ إِلَى نِكَاحِي[١]، وَالجَدِيدُ أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ[٢] فَتَصِحُّ بِكِنَايَةٍ[٣]، وَلاَ تَقْبَلُ تَعْلِيقًا[٤]، وَلاَ تَحْصُلُ بِفِعْلٍ كَوَطْءٍ[٥].

وَتَخْتَصُّ الرَّجْعَةُ بِمَوْطُوءَةٍ[٦] طُلِّقَتْ بِلاَ عِوَضٍ[٧] لَمْ يُسْتَوْفَ عَدَدُ طَلاَقِهَا[٨]، بَاقِيَةٍ فِي الْعِدَّةِ[٩]، مَحَلٍّ لِحِلٍّ[١٠]، لاَ مُرْتَدَّةٍ[١١].

---

(١) لأجل أن يكون صريحًا، لأن الرد وحده يفهم منه في بادر الذهن عدم القبول وقد يفهم منه الرد إلى أهلها بسبب الفراق، فاشترط ذلك في صراحته.

(٢) لأنها في حكم استدامة النكاح، ومن ثم لم تحتج إلى ولي ولا رضا المرأة.

(٣) بناء على عدم اشتراط الشهادة وهو الأصح كما علمت، ولو قيل باشتراطها لما صحت بالكناية، لأنها تفتقر إلى نية، والشهود لا يطلعون عليها.

(٤) قياسًا على النكاح.

(٥) لأن ذلك حرام بالطلاق، ومقصود الرجعة حله فلا تحصل به.

(٦) لأن غير الموطوءة لا عدة عليها لقوله سبحانه: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، والرجعة إنما تختص بالموطوءة لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَـٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

(٧) لأن المطلقة بعوض وهي المخالعة، قد ملكت نفسها به لما تقدم ص ٥١٧، أنها إنما بذلت المال لتملك نفسها.

(٨) لأنه إذا استوفى عدد الطلاق فلا سبيل له عليها. لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

(٩) لأنها في العدة في حكم الزوجة فله أن يراجعها لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

(١٠) أي قابلة للحل للمراجع، فلو أسلمت الكافرة واستمر زوجها على كفره وراجعها فيه لم يصح؛ لأن الإسلام فرق بينهما.

(١١) لأن المرتدة لا تحل لأحد، ومقصود الرجعة الحل، والردة تنافيه كما تقدم ص ٤٥٧، ٤٦٥.

وَإِذَا ادَّعَتِ انْقِضَاءَ عِدَّةِ أَشْهُرٍ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[(١)]، أَوْ وَضْعَ حَمْلٍ لِمُدَّةِ إِمْكَانٍ، وَهِيَ مِمَّنْ تَحِيضُ لاَ آيِسَةٌ فَالأَصَحُّ تَصْدِيقُهَا بِيَمِينٍ[(٢)].

وَإِنِ ادَّعَتْ وِلاَدَةَ تَامٍّ فَإِمْكَانُهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَلَحْظَتَانِ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ[(٣)]، أَوْ سِقْطٍ مُصَوَّرٍ فَمِائَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ[(٤)]، أَوْ مُضْغَةٍ بِلاَ صُورَةٍ فَثَمَانُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ[(٥)]، أَوِ انْقِضَاءَ أَقْرَاءٍ، فَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً وَطُلِّقَتْ فِي طُهْرٍ فَأَقَلُّ الإِمْكَانِ اثْنَانِ وَثَلاَثُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ[(٦)]، أَوْ فِي

---

(١) لرجوع ذلك إلى الاختلاف في وقت طلاقه والقول قوله فيه.

(٢) لأن النساء مؤتمنات على أرحامهن كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولأن البينة على الولادة قد تتعسر أو تتعذر.

(٣) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، مع قوله جل شأنه: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، والعامان أربعة وعشرون شهرًا، فبقي من الثلاثين شهرًا ستة أشهر، وهي فترة إمكان الحمل وزيد لحظتا الجماع والولادة.

(٤) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق: «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه: أربعين يومًا، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكًا يؤمر بأربع كلمات. . .» إلى أن قال: «ثم ينفخ فيه الروح. . .». أخرجه البخاري في بدء الخلق باب ذكر الملائكة برقم ٣٢٠٨، ومسلم في القدر، باب كيفية خلق الآدمي في بطن أمه برقم ٢٦٤٣.

(٥) للحديث السابق.

(٦) وذلك بأن تطلق قبيل آخر طهرها فهذا قرء، ثم تحيض لأقل الحيض ثم تطهر الأقل كذلك، فهذا قرء ثان، ثم تحيض وتطهر كذلك فهذا ثالث ثم تطعن في الحيض =

حَيْضٍ فَسَبْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ وَلَحْظَةٌ(١)، أَوْ أَمَةً وَطُلِّقَتْ فِي طُهْرٍ فَسِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ(٢)، أَوْ فِي (1) حَيْضٍ فَأَحَدٌ وَثَلاثُونَ وَلَحْظَةٌ(٣)، وَتُصَدَّقُ إِنْ لَمْ تُخَالِفْ عَادَةً دَائِرَةً(٤)، وَكَذَا إِنْ خَالَفَتْ فِي الأَصَحِّ(٥).

وَلَوْ وَطِىءَ رَجْعِيَّتَهُ وَاسْتَأْنَفَتِ الأَقْرَاءَ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ، رَاجَعَ فِيمَا كَانَ بَقِيَ(٦)، وَيَحْرُمُ الاِسْتِمْتَاعُ بِهَا(٧)، فَإِنْ وَطِىءَ فَلاَ

....

(1) أ وط: أو حيض.

= ليتيقن الانقضاء، وليست هذه اللحظة التي طعنت بها في الحيض من العدة، بل لاستبانة القرء.

(١) وذلك بأن يعلق الطلاق بآخر جزء من الحيض، ثم تطهر أقل الطهر ثم تحيض أقل الحيض، ثم تطهر وتحيض كذلك، ثم تطهر أقل الطهر ثم تطعن في الحيض لحظة لاستبانة القرء كذلك.

(٢) وذلك بأن يطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض أقل الحيض، وتطهر أقل الطهر، ثم تطعن في الحيض لحظة لاستبانة القرء الثاني، وهو تمام عدة الأمة.

(٣) وذلك بأن يعلق الطلاق بآخر جزء من الحيض، ثم تطهر أقل الطهر وتحيض أقل الحيض، ثم تطهر أقل الطهر، ثم تطعن في الحيض لحظة.

(٤) لما مضى من قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. ولأنه لا يعرف إلاَّ من جهتها، فصدقت عند الإمكان، فإن كذبها الزوج حلفت، فإن نكلت حلف وثبتت له الرجعة.

(٥) لأن العادة قد تتغير، وهي مؤتمنة.

(٦) لأن الرجعة تختص بعدة الطلاق فلا يراجع فيما زاد عليها بالوطء.

(٧) لأنها مفارقة كالبائن، ولأن الاستمتاع لا يبيحه إلاَّ النكاح فيحرمه الطلاق، لأنه ضده، وأما تسميته بعلاً في الآية: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فإنه =

حَـدَّ[1]، وَلاَ يُعَـزَّرُ إلاَّ مُعْتَقِـدُ تَحْـرِيمِـهِ[2]، وَيَجِـبُ مَهْـرُ مِثْـلٍ إنْ لَـمْ يُرَاجِـعْ[3]، وَكَذَا إنْ رَاجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ[4].

وَيَصِـحُّ إيْلاَءٌ وَظِهَارٌ وَطَلاَقٌ وَلِعَانٌ[5] وَيَتَوَارَثَانِ[6].

وَإِذَا ادَّعى وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ رَجْعَةً فِيهَا فَأَنْكَرَتْ، فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الاِنْقِضَاءِ كَيَـوْمِ الجُمُعَـةِ، وَقَـالَ: رَاجَعْـتُ يَـوْمَ الخَمِيسِ، فَقَالَتْ: بَـلْ السَّبْتَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا[7].

أَوْ عَلَـى وَقْـتِ الرَّجْعَـةِ كَيَوْمِ الجُمُعَـةِ وَقَالَتِ: انْقَضَتِ الْخَمِيسَ، وَقَالَ: السَّبْتَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ[8].

= لا يستلزم حِلِّيَّة الاستمتاع لأن المُظاهِرَ مثلاً، وزوج المعتدة عن شبهة بَعْلٌ كذلك، وهي لا تحل له.

(١) لشبهة اختلاف العلماء في حله، وحصول الرجعة به كما هو مذهب الحنفية والمالكية، والحدود تدرأ بالشبهات كما سيأتي ص ٣/ ٢٠٦.

(٢) لإقدامه على معصية في نظره.

(٣) لأنها في تحريم الوطء كالمتخلفة في الكفر فكذا في المهر، ولا يتكرر بتكرر الوطء، لاتحاد الشبهة.

(٤) لأن الرجعة لا ترفع أثر الطلاق.

(٥) لبقاء الولاية عليها بملك الرجعة.

(٦) لبقاء آثار الزوجية كذلك بدليل صحة ما ذكر، ولذلك نقل المحلي ٤/ ٦، عن الشافعي رضي الله عنه قوله: الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى»، أي آيات المسائل المذكورة.

(٧) لأن الأصل عدم الرجعة إلى يوم السبت.

(٨) لأن الأصل عدم انقضائها إلى يوم السبت.

وَإِنْ تَنَازَعَا فِي السَّبْقِ بِلاَ اتِّفَاقٍ فَالأَصَحُّ تَرْجِيحُ سَبْقِ الدَّعْوَى[1]، فَإِنِ ادَّعَتْ الانْقِضَاءَ ثُمَّ ادَّعَى رَجْعَةً قَبْلَهُ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا[2]، أَوِ ادَّعَاهَا قَبْلَ انْقِضَاءٍ فَقَالَتْ: بَعْدَهُ، صُدِّقَ[3].

قُلْتُ: فَإِنِ ادَّعَيَا مَعًا صُدِّقَتْ[4]، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ.

وَمَتَى ادَّعَاهَا وَالْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ صُدِّقَ[5]، وَمَتَى أَنْكَرَتْهَا وَصُدِّقَتْ ثُمَّ اعْتَرَفَتْ قُبِلَ اعْتِرَافُهَا[6].

وَإِذَا طَلَّقَ دُونَ ثَلاَثٍ، وَقَالَ: وَطِئْتُ فَلِي رَجْعَةٌ وَأَنْكَرَتْ صُدِّقَتْ بِيَمِينٍ[7]، وَهُوَ مُقِرٌّ لَهَا بِالْمَهْرِ[8]، فَإِنْ قَبَضَتْهُ فَلاَ رُجُوعَ لَهُ[9]، وَإِلاَّ فَلاَ تُطَالِبُهُ إِلاَّ بِنِصْفٍ[10].

* * *

(١) لاستقرار الحكم بقول السابق.

(٢) لأنها لما سبقت بادعائه، وجب أن تصدق لقبول قولها فيه من حيث هو، فوقع قوله لغوًا.

(٣) لأنه لما سبق بادعائها، وجب تصديقه، لأنه يملكها فضمنت ظاهرًا، فوقع قولها بعد ذلك لغوًا.

(٤) لأن الانقضاء يتعسر الإشهاد عليه بخلاف الرجعة، فصدقت بيمينها.

(٥) لقدرته على إنشائها.

(٦) لأنها جحدت حقًّا لها ثم اعترفت به.

(٧) لأن الأصل عدم الوطء، فلا رجعة له ولا نفقة ولا سكن.

(٨) لإقراره بالوطء، وهي لا تقر إلاَّ بنصفه لإنكارها الوطء، وقد قال الله عز وجل: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٩) لأنه مقر باستحقاقها لجميعه.

(١٠) لإقرارها أنها لا تستحق غيره.

كتاب الإيلاء[1]

هُوَ: حَلِفُ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلَاقُهُ لَيَمْتَنِعَنَّ مِنْ وَطْئِهَا مُطْلَقًا أَوْ فَوْقَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ[2]، وَالجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْحَلِفِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ، بَلْ لَوْ عَلَّقَ بِهِ طَلَاقًا أَوْ عِتْقًا أَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَلَاةٌ أَوْ صَوْمٌ أَوْ حَجٌّ أَوْ عِتْقٌ كَانَ مُولِيًا[3].

وَلَوْ حَلَفَ أَجْنَبِيٌّ عَلَيْهِ فَيَمِينٌ مَحْضَةٌ[4]، فَإِنْ نَكَحَهَا فَلَا إِيلَاءَ[5]، وَلَوْ آلَى مِنْ رَتْقَاءَ، أَوْ قَرْنَاءَ، أَوْ آلَى مَجْبُوبٌ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْمَذْهَبِ[6].

---

(١) هو لغة الحلف، وشرعًا ما سيذكره المصنف بقوله: هو حلف إلخ.
والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

(٢) وتخصيصه بالأربعة أشهر لأنه غاية ما تقدر المرأة الصبر عليه.

(٣) لأنه يمتنع من الوطء لما علقه به من وقوع الطلاق أو العتق أو التزام القربة كما يمتنع منه بالحلف بالله تعالى. ولذلك قال إبراهيم النخعي والشعبي: كل يمين منعت جماعًا فهي إيلاء. كما أخرجه ابن جرير في تفسيره ٣/ ٤٢٠.

(٤) لأن الإيلاء مختص بالزوج، لقوله تعالى: ﴿مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، والأجنبي لا مطمع لها في نكاحه، فلا يحصل لها به ضرر.

(٥) لانتفاء الإضرار حين الحلف.

(٦) لأنه لا يتحقق فيه الغرض في الإيلاء، من قصد إيذاء الزوجة فالامتناع من وطئها، لامتناعه في نفسه.

وَلَوْ قَالَ: واللَّهِ لاَ وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِذَا مَضَتْ فَوَاللَّهِ لاَ وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مِرَارًا فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الأَصَحِّ[(١)].

وَلَوْ قَالَ: واللَّهِ لاَ وَطِئْتُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ فَإِذَا مَضَتْ فَوَاللَّهِ لاَ وَطِئْتُكِ سَنَةً فَإِيلاَآنِ لِكُلٍّ حُكْمُهُ[(٢)].

وَلَوْ قَيَّدَ بِمُسْتَبْعَدِ الحُصُولِ فِي الأَرْبَعَةِ كَنُزُولِ عِيسَى ﷺ فَمُولٍ[(٣)]، وَإِنْ ظَنَّ حُصُولَهُ قَبْلَهَا فَلاَ[(٤)]، وَكَذَا لَوْ شَكَّ فِي الأَصَحِّ[(٥)].

وَلَفْظُهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ، فَمِنْ صَرِيحِهِ: تَغْيِيبُ ذَكَرٍ بِفَرْجٍ وَوَطْءٌ وَجِمَاعٌ وَافْتِضَاضُ بِكْرٍ[(٦)].

وَالجَدِيدُ أَنَّ مُلاَمَسَةً، وَمُبَاضَعَةً، وَمُبَاشَرَةً، وَإِتْيَانًا، وَغَشَيَانًا، وَقِرْبَانًا، وَنَحْوَهَا كِنَايَاتٌ[(٧)].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ فَعَبْدِي حُرٌّ فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ زَالَ الإِيلاَءُ[(٨)]،

---

(١) لانتفاء فائدة الإيلاء من المطالبة بموجبه في ذلك، إذ بعد مضي أربعة أشهر لا يمكن المطالبة بموجب اليمين الأولى، لانحلالها، ولا بموجب الثانية لأنه لم تمض مدة المهلة من وقت انعقادها، وهكذا إلخ، لكنه يأثم إثم مطلق الإيذاء.

(٢) لأنهما إيلاآن، فتطالبه بموجب الإيلاء الأول في الخامس لا فيم بعده لانحلالها بمضيه وانعقاد مدة الثانية، فيطالب بذلك بعد مضي أربعة أشهر.

(٣) لأن الظاهر تأخره عن الأربعة فتتضرر بقطع الرجاء.

(٤) للظن المذكور، إذ لا يحصل اليأس، ولا يقطع الرجاء.

(٥) لانتفاء ظن التأخر، وانتفاء تحقق قصد الغرر والإيذاء.

(٦) لشيوع هذه الألفاظ في هذا المعنى.

(٧) لعدم اشتهارها فيه.

(٨) لأنه لا يلزمه بالوطء بعد ذلك شيء، فلو عاد إلى ملكه لم يعد الإيلاء.

وَلَوْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي وَكَانَ ظَاهَرَ فَمُولٍ[1].

وَإِلاَّ فَلاَ ظِهَارَ وَلاَ إِيلاَءَ بَاطِنًا[2]، وَيُحْكَمُ بِهِمَا ظَاهِرًا[3].

وَلَوْ قَالَ: عَنْ ظِهَارِي إِنْ ظَاهَرْتُ فَلَيْسَ بِمُولٍ حَتَّى يُظَاهِرَ[4]، أَوْ إِنْ وَطِئْتُكِ فَضُرَّتُكِ طَالِقٌ فَمُولٍ[5]، فَإِنْ وَطِىءَ طَلَقَتِ الضَّرَّةُ وَزَالَ الإِيْلاَءُ[6].

وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لأَرْبَعٍ: وَاللَّهِ لاَ أُجَامِعُكُنَّ فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الحَالِ[7]، فَإِنْ جَامَعَ ثَلاَثًا فَمُولٍ مِنَ الرَّابِعَةِ[8]، فَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُنَّ قَبْلَ وَطْءٍ زَالَ الإِيْلاَءُ[9].

---

(١) لأنه وإن لزمه عتق عن الظهار، فعتق ذلك العبد وتعجيل عتقه زيادة على موجب الظهار التزمها بالوطء، فإذا وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها عتق العبد عن ظهاره.

(٢) أما عدم الظهار فلكذبه في كونه مظاهرًا، وأما عدم الإيلاء فلأنه علق على الوطء عتقًا عن الظهار والفرض أنه لا ظهار، فلا عتق إذا لم توجد الصفة المعلق عليها العتق.

(٣) لإقراره بالظهار، فيحكم بإيلائه وبوقوع العتق عن الظهار.

(٤) لأنه لا يلزمه شيء بالوطء قبل الظهار، لتعليق العتق بالظهار مع الوطء، فإذا ظاهر صار موليًا، وإذا وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها عتق العبد لوجود المعلق عليه، لكن لا عن الظهار اتفاقًا كما في المحلي ٤/ ١١، وابن حجر ٨/ ١٦٤، لسبق لفظ التعليق له.

(٥) لأن طلاق الضرة الواقع بوطء المخاطبة يضره.

(٦) لانحلاله حينئذٍ.

(٧) لأن المعنى: لا أطأ جميعكن، فلا يحنث إلاَّ بوطء الجميع فلا يتحقق الإيلاء.

(٨) لحنثه حينئذٍ بوطئها.

(٩) لانحلاله بعدم الحنث بوطء من بقي.

وَلَوْ قَالَ: لاَ أُجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ فَمُوَلٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ[١]، وَلَوْ قَالَ: لاَ أُجَامِعُكِ إِلَى سَنَةٍ إِلاَّ مَرَّةً فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الحَالِ فِي الأَظْهَرِ[٢]، فَإِنْ وَطِىءَ وَبَقِيَ مِنْهَا أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَمُولٍ[٣].

فَصْلٌ

يُمْهلُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مِنَ الإِيلاَءِ بِلاَ قَاضٍ[٤]، وَفِي رَجْعِيَّةٍ مِنَ الرَّجْعَةِ[٥]، وَلَوِ ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ دُخُولٍ فِي المُدَّةِ انْقَطَعَتْ[٦]، فَإِذَا أَسْلَمَ اسْتُؤْنِفَتْ[٧].

وَمَا منعَ الوَطْءَ وَلَمْ يُخِلَّ بِنِكَاحٍ إِنْ وُجِدَ فِيهِ لَمْ يَمْنَعِ المُدَّةَ كَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ وَمَرَضٍ وَجُنُونٍ[٨]، أَوْ فِيهَا وَهُوَ حِسِّيٌّ كَصِغَرٍ وَمَرَضٍ مَنَعَ[٩]،

---

(١) لأن هذه الصيغة من باب سلب العموم، فيشمل كل أفراده على حدة كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ﴾ [لقمان: ١٨].

(٢) لأنه لا حنث بوطئه مرة لاستثنائها.

(٣) لحصول الحنث بالوطء بعد ذلك.

(٤) لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فلا يحتاج في ضرب هذه المدة مع هذا النص إلى قاض.

(٥) لاحتمال أن تبين بانقضاء العدة فلا تراجع.

(٦) لأن النكاح يختل بالردة، حيث يحرم الوطء حتى يجمعهما الإسلام في العدة وإلاَّ حصلت البينونة كما تقدم ص ٤٦٤.

(٧) لأن الإضرار الذي نيط به الإيلاء إنما يحصل بالامتناع المتوالي في نكاح سليم، وهو هنا لم يوجد.

(٨) لأنها مُمكِّنة والمانع منه، ولذلك استحقت عليه النفقة، مع أنه المقصر بالإيلاء.

(٩) لعدم تحقق الضرر مع وجوده، فلا يبتدىء في المدة حتى تزول.

وَإِنْ حَدَثَ فِي الْمُدَّةِ قَطَعَهَا[(١)]، فَإِذَا زَالَ اسْتُؤْنِفَتْ[(٢)]، وَقِيلَ: تُبْنَى[(٣)]، أَوْ شَرْعِيٌّ كَحَيْضٍ وَصَوْمِ نَفْلٍ فَلاَ[(٤)]، وَيَمْنَعُ فَرْضٌ فِي الأَصَحِّ[(٥)]، فَإِنْ وَطِىءَ فِي الْمُدَّةِ[(٦)]، وَإِلاَّ فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِأَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ[(٧)].

وَلَوْ تَرَكَتْ حَقَّهَا فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ[(٨)].

وَتَحْصُلُ الْفَيْئَةُ بِتَغْيِيبِ حَشَفَةٍ بِقُبُلٍ[(٩)]، وَلاَ مُطَالَبَةَ إِنْ كَانَ بِهَا مَانِعُ وَطْءٍ كَحَيْضٍ وَمَرَضٍ[(١٠)].

وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَانِعٌ طَبِيعِيٌّ كَمَرَضٍ طُولِبَ بِأَنْ يَقُولَ: إِذَا قَدَرْتُ فِئْتُ[(١١)]، أَوْ شَرْعِيٌّ كَإِحْرَامٍ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُطَالَبُ بِطَلاَقٍ[(١٢)]، فَإِنْ عَصَى

---

(١) لامتناع الوطء معه، لا من أجل اليمين.

(٢) لأن المطالبة مشروطة بالإضرار أربعة أشهر متوالية ولم توجد.

(٣) لبقاء النكاح هنا.

(٤) لأنها لا تخلو عن حيض غالبًا في كل شهر، فلو لم تحسب لطالت المدة عليها، مع إمكان الاستمتاع بغير الوطء، فتزول بذلك الوحشة التي تحدث بالإيلاء.

(٥) لامتناع الوطء معه.

(٦) فظاهر، حيث حصل المطلوب من الفيئة وعليه كفارة يمين.

(٧) لظاهر الآية السابقة، وليس لها تعيين أحدهما.

(٨) لتجدد الضرر، كالإعسار بالنفقة كما سيأتي في ٣/ ٨٠.

(٩) مع زوال البكارة إن كانت بكرًا، لتحقق الغرض به.

(١٠) لامتناع الوطء المطلوب حينئذٍ.

(١١) لأنه يخفف به الأذى الذي حصل بلسانه بالحلف، ويظهر الندم على ما فعل.

(١٢) لأنه الممكن فعله، ولا يطالب بالفيئة لحرمة الوطء، بل يحرم عليها تمكينه.

بِوَطْءٍ سَقَطَتِ المُطَالَبَةُ[(١)].

وَإِنْ أَبَى الْفَيْئَةَ وَالطَّلَاقَ فَالأَظْهَرُ أَنَّ الْقَاضِيَ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ طَلْقَةً[(٢)]، وَأَنَّهُ لَا يُمْهَلُ ثَلَاثَةً[(٣)]، وأَنَّهُ إِذَا وَطِئَ بَعْدَ مُطَالَبَتِهِ لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ[(٤)].

* * *

(١) لحصول مقصودها وانحلت اليمين.

(٢) لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها، ولا إجباره على الفيأة، لأنها لا تدخل تحت الإجبار، فتعين رفع الضرر عنها بطلاق القاضي نيابة عنه ولو بانت بها لعدم دخول بها قبله، أو استيفاء الثلاث.

(٣) لأن الله تعالى حدد هذه المدة بأربعة أشهر فقط، فالزيادة عليها زيادة في إضرارها.

(٤) لحنثه في يمينه لعموم قوله سبحانه: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩].

وأما قوله تعالى: ﴿فَإِن فَاءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فهو وعد بالمغفرة والرحمة لما عصى به من الإيلاء، فلا ينفي الكفارة المستقر وجوبها في كل حنث لعموم الآية السابقة.

كتاب الظهار(١)

يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ(٢) مُكَلَّفٍ(٣) وَلَوْ ذِمِّيٌّ(٤) وَخِصِيٌّ(٥). وَظِهَارُ سَكْرَانَ كَطَلَاقِهِ(٦).

وَصَرِيحُهُ أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ أَوْ مِنِّي أَوْ مَعِي أَوْ عِنْدِي كَظَهْرِ أُمِّي(٧)؛ وَكَذَا أَنْتِ كَظَهْرِ أُمِّي صَرِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ(٨).

وَقَوْلُهُ: جِسْمُكِ أَوْ بَدَنُكِ أَوْ نَفْسُكِ كَبَدَنِ أُمِّي أَوْ جِسْمِهَا

---

(١) الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ [المجادلة: ٢]. وحديث خولة بنت الصامت الآتي ذكره في الكفارة في ٣/ ٥ وغيره مما سيأتي ذكره.

(٢) لأن الله تعالى أناط حكمه بالنساء، ومطلقه ينصرف إلى الزوجات، ولأنه قول يخص به النكاح، فصح من كل زوج مكلف كالطلاق..

(٣) لأن غير المكلف لا يعتد بكلامه.

(٤) لعموم الآية السابقة، ولأنه لفظ يقتضي تحريم الزوجة فصح منه كالطلاق، فمن صح ظهاره صح طلاقه.

(٥) قياسًا على صحة طلاقه كما تقدم.

(٦) وقد تقدم في الطلاق صحته، فقيس عليه الظهار.

(٧) لأن هذا هو المعهود في الجاهلية، ونزل التنزيل فيه.

(٨) لأنه يتبادر إلى الذهن أن المعنى. أنت عليَّ، فلا يضر حذفها.

أَوْ جُمْلَتِهَا صَرِيحٌ[1]، والأَظْهَرُ أَنَّ قَوْلَهُ: كَيَدِهَا أَوْ بَطْنِهَا أَوْ صَدْرِهَا ظِهَارٌ[2]، وَكَذَا كَعَيْنِهَا إِنْ قَصَدَ ظِهَارًا[3]، وَإِنْ قَصَدَ كَرَامَةً فَلاَ[4]، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ[5].

وَقَوْلُهُ: رَأْسُكِ أَوْ ظَهْرُكِ أَوْ يَدُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ظِهَارٌ فِي الأَظْهَرِ[6]، وَالتَّشْبِيهُ بِالجِدَّةِ ظِهَارٌ[7]، وَالمَذْهَبُ طَرْدُهُ فِي كُلِّ مَحْرَمٍ لَمْ يَطْرَأْ تَحْرِيمُهَا[8]، لاَ مُرْضِعَةٍ وَزَوْجَةِ ابْنٍ[9].

وَلَوْ شَبَّهَ بِأَجْنَبِيَّةٍ وَمُطَلَّقَةٍ وَأُخْتِ زَوْجَةٍ وَبِأَبٍ وَمُلاَعِنَةٍ فَلَغْوٌ[10].

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ[11] كَقَوْلِهِ: إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْ زَوْجَتِي الأُخْرَى فَأَنْتِ

---

(١) لتضمنه للظهر.

(٢) لأنه عضو يَحصل التلذذ به للزوج، ويحرم على غيره فكان كالظهر.

(٣) لأنه حينئذٍ نوى ما يحتمله اللفظ.

(٤) لأن اللفظ كذلك يحتمله، إذ مثل هذا يستعمل في الكرامة والإعزاز.

(٥) لاحتماله الكرامة.

(٦) لما مر من أنه عضو يحرم التلذذ به لغير الزوج فكان كالظهر.

(٧) لأن الجدة من الأمهات، ولأنها كالأم في التحريم.

(٨) لمساواتهن الأم في التحريم المؤبَّد.

(٩) لأن تحريمها طارئ، إذ كانتا قبل ذلك حِلاً له، فاحتمل إرادته.

(١٠) لأن الثلاث الأول لا يشبهن الأم في التحريم المؤبد. وأما الأب فلأنه ليس محلاً للاستمتاع وكذا غيره من الرجال، وأما الملاعنة وإن كان تحريمها مؤبدًا إلاَّ أنه ليس للمحرمية والوصلة.

(١١) لأنه يتعلق به التحريم كالطلاق والكفارة، وكل منهما يجوز تعليقه.

عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَظَاهَرَ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْهُمَا(١).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةَ وَفُلَانَةُ أَجْنَبِيَّةٌ فَخَاطَبَهَا بِظِهَارٍ لَمْ يَصِرْ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ(٢) إِلَّا أَنْ يُرِيدَ اللَّفْظَ(٣)، فَلَوْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ مِنْهَا صَارَ مُظَاهِرًا (1) (٤).

وَلَوْ قَالَ مِنْ فُلَانَةَ الأَجْنَبِيَّةِ فَكَذَلِكَ(٥)، وَقِيلَ: لَا يَصِيرُ مُظَاهِرًا، وَإِنْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ(٦).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ فَلَغْوٌ(٧)، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَلَمْ يَنْوِ أَوْ نَوَى الطَّلَاقَ أَوِ الظِّهَارَ أَوْ هُمَا أَوِ الظِّهَارِ بِأَنْتِ طَالِقٌ، وَالطَّلَاقُ بِكَظَهْرِ أُمِّي طُلِّقَتْ وَلَا ظِهَارَ(٨)، أَوْ الطَّلَاقَ بِأَنْتِ

. . . .

(1) خ أ وس: سقطت منها كلمة: مظاهرًا، وكذا المحلي.

---

(١) عملاً بمقتضى التعليق والتنجيز.

(٢) لعدم صحته من الأجنبية.

(٣) أي التعليق على مجرد تلفظه بذلك، فيصير بذلك مظاهرًا، لوجود المعلق عليه.

(٤) لوجود الصفة حينئذٍ.

(٥) على التفصيل السابق، فإن خاطبها بالظهار قبل أن ينكحها لم يصر مظاهرًا من زوجته إلاَّ أن يريد اللفظ، أو بعد نكاحها صار مظاهرًا.

(٦) لخروجها عن كونها أجنبية كما لو قال: والله لا أكلم هذا الصبي فكلمه وهو شيخ فلا يحنث.

(٧) لأن قوله: وهي أجنبية، من بقية كلام المظاهر على جهة الشرط وهو تعليق بمستحيل، إذ يستحيل اجتماع ما علق به ظهارها من ظهار فلانة حال كونها أجنبية.

(٨) أما وقوع الطلاق فلإتيانه بصريح لفظه، وأما انتفاء الظهار في الأولين فلعدم =

طَالِقٌ، وَالظِّهَارَ بِالْبَاقِي طُلِّقَتْ[1] وَحَصَلَ الظِّهَارُ إِنْ كَانَ طَلَاقَ رَجْعَةٍ[2].

فَصْلٌ

عَلَى المُظَاهِرِ كَفَّارَةٌ إِذَا عَادَ[3]، وَهُوَ أَنْ يُمْسِكَهَا بَعْدَ ظِهَارِهِ زَمَنَ إِمْكَانِ فُرْقَةٍ[4]، فَلَوْ اتَّصَلَتْ بِهِ فُرْقَةٌ بِمَوْتٍ أَوْ فَسْخٍ أَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ وَلَمْ يُرَاجِعْ أَوْ جُنَّ فَلَا عَوْدَ[5]، وَكَذَا لَوْ مَلَكَهَا أَوْ لَاعَنَهَا فِي الأَصَحِّ[6]، بِشَرْطِ سَبْقِ الْقَذْفِ ظِهَارَهُ فِي الأَصَحِّ[7].

= استقلال لفظه مع عدم نيته، وأما في الباقي فلأنه لم ينوه بلفظه، ولفظ الطلاق لا ينصرف إلى الظهار وعكسه.

(١) لوجود لفظه الصريح.

(٢) لصحته من الرجعية، مع صلاحية «كظهر أمي»، لأن تكون كناية فيه بتقدير: أنت قبله لوجود قصده به، وكأنه قال: أنت طالق أنت كظهر أمي، أما إذا كان بائنًا فلا ظهار لعدم صحته من البائن.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾ [المجادلة: ٣، ٤].

(٤) لأن العود للقول مخالفته، يقال: قال فلان قولاً ثم عاد له وعاد فيه أي خالفه ونقضه، فكونه شبهها بالأم يقتضي أن لا يمسكها زوجة فإذا أمسكها زوجة فقد عاد فيما قال.

(٥) لتعذر الفراق في الأخيرين، وفوات الإمساك في الأولى، وانتفائه في غيرها.

(٦) لاشتغاله بموجب الفراق، وإن طالت كلمات اللعان.

(٧) لما في تأخير ذلك عن الظهار من زيادة التطويل.

وَلَوْ رَاجَعَ(١) أَوِ ارْتَدَّ، مُتَّصِلاً ثُمَّ أَسْلَمَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ عَائِدٌ بِالرَّجْعَةِ(٢)، لَا الإِسْلَامِ (1) (٣)، بَلْ بَعْدَهُ(٤)، وَلَا تَسْقُطُ الْكَفَّارَةُ بَعْدَ الْعَوْدِ بِفُرْقَةٍ(٥).

وَيَحْرُمُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ وَطْءٌ(٦)، وَكَذَا لَمْسٌ وَنَحْوُهُ بِشَهْوَةٍ فِي

....

(1) خ ط والتحفة: لا بالإسلام.

---

(١) عقب الظهار، أو طلق رجعيًا عقبه كذلك.

(٢) لأن الرجعة إمساك لذلك النكاح.

(٣) لأن الإسلام بعد الردة تبديل للدين الباطل بالحق، فلا يحصل به إمساك، وإنما يحصل بعده.

(٤) إن مضى بعد الإسلام زمن يسع الفرقة.

(٥) لاستقرارها بالإمساك قبلها، كالدَّين لا يسقط بعد ثبوته.

(٦) للنص عليه في غير الإطعام وقياسًا فيه، قال جل شأنه: ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا... ﴾ الآية [المجادلة: ٣].

ولحديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر، فأتى النبي ﷺ فأخبره فقال: «ما حملك على ما صنعت؟» قال: رأيت بياض ساقها في القمر، قال: «فاعتزلها حتى تكفر عنك».

أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الظهار برقم ٢٢٢١.

وفي رواية للترمذي: «اعتق رقبة»، قال: «لا أجدها»، قال: «فصم شهرين متتابعين»، قال: لا أستطيع، قال: «أطعم ستين مسكينًا»، قال: لا أجد فقال رسول الله ﷺ لفروة بن عمرو: «أعطه ذلك الفرق (وهو مكتل يأخذ خمسة عشر صاعًا، أو ستة عشر صاعًا)، إطعامَ ستين مسكينًا».

أخرجه في الطلاق، باب كفارة الظهار برقم ١٢٠٠، وقال: حديث حسن، وأخرجه=

الأَظْهَرِ(١).

قُلْتُ: الأَظْهَرُ الجَوَازُ، وَاللَّـهُ أَعْلَمُ(٢).

وَيَصِحُّ الظِّهَارُ المُؤَقَّتُ مُؤَقَّتًا(٣)، وَفِي قَوْلٍ: مُؤَبَّدًا(٤)، وَفِي قَوْلٍ: لَغْوٌ(٥)، فَعَلَى الأَوَّلِ الأَصَحُّ أَنَّ عَوْدَهُ لَا يَحْصُلُ بِإِمْسَاكٍ بَلْ بِوَطْءٍ فِي المُدَّةِ(٦)، وَيَجِبُ النَّزْعُ بِمَغِيبِ الحَشَفَةِ(٧).

وَلَوْ قَالَ: لأَرْبَعٍ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَمُظَاهِرٌ مِنْهُنَّ(٨)، فَإِنْ

= كذلك النسائي في الظهار ٦/١٦٧، وابن ماجه في الظهار برقم ٢٠٢٦، والبيهقي في الكبرى ٦/ ٣٩٠، وأيضًا لزيادة التغليظ عليه.

(١) لأن ذلك يدعو إلى الوطء ويفضي إليه، ولأن التَّماسَّ في الآية يشمله.

(٢) لأن الحرمة ليست لمعنى يخل بالنكاح، فأشبه الحيض، ولبقاء الزوجية وحملاً للتماس في الآية على الوطء كما في قوله سبحانه: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

(٣) لرواية الترمذي للحديث السابق: «أن سلمان بن صخر الأنصاري أحد بني بياضة جعل امرأته عليه كظهر أمّه حتى يمضي رمضان...» الحديث. وتغليبًا لجانب القسم.

(٤) تغليظًا عليه وتغليبًا لشبه الطلاق.

(٥) لأنه لما وقته كان كالتشبيه بمن لا تحرم تأبيدًا، ورد بالخبر السابق.

(٦) للحديث السابق، ولأن الحل منتظر بعدها، فالإمساك يحتمل كونه لانتظاره، أو للوطء فيها، فكان هو المحصل للعود.

(٧) لحرمة الوطء قبل التكفير، أو انقضاء المدة، واستمرار الوطء وطءٌ، والوطء الأول إنما جاز لإبرار اليمين.

(٨) لوجود لفظه الصريح، كما لو طلق الجميع.

أَمْسَكَهُنَّ فَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ[١]، وَفِي الْقَدِيمِ كَفَّارَةٌ[٢]، وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ فَعَائِدٌ مِنَ الثَّلَاثِ الأُوَلِ[٣]، وَلَوْ كَرَّرَ فِي امْرَأَةٍ مُتَّصِلاً وَقَصَدَ تَأْكِيدًا فَظِهَارٌ وَاحِدٌ[٤]، أَوْ اسْتِئْنَافًا فَالأَظْهَرُ التَّعَدُّدُ[٥]، وَأَنَّه بِالمَرَّةِ الثَّانِيَةِ عَائِدٌ فِي الأَوَّلِ[٦].

* * *

آخر الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله: كتاب الكفارة

(١) لوجود الظهار والعود في حق كل واحدة منهن، كما لو ظاهر بأربع كلمات.

(٢) لاتحاد لفظه وتغليبًا لشبه اليمين.

(٣) لإمساك كل منهن بظهار من وليتها فيه، حيث عاد في الأولى بظهار الثانية، وفي الثانية بظهار الثالثة، وفي الثالثة بظهار الرابعة.

(٤) لأن التأكيد شائع في اللغة، فقبل قوله كالطلاق.

(٥) قياسًا على الطلاق لا اليمين، لما مر أن المرجح في الظهار شبه الطلاق في نحو الصيغة.

(٦) لأن اشتغاله بها إمساك حيث تمكن من الفراق فلم يفعل.

فهرست الجزء الثاني

الموضوع	الصفحة

● ● ●